REFORMA Y MUTACION DE LA CONSTITUCION

CLASICOS POLITICOS

G. JELLINEK

REFORMA Y MUTACION DE LA CONSTITUCION

Estudio Preliminar
PABLO LUCAS VERDU

Traducción
CHRISTIAN FÖRSTER

Revisada por
PABLO LUCAS VERDU

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
MADRID, 1991

Original alemán: **Verfassungsänderung und Verfassungswaandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung von Georg Jellinek**
Berlín Verlag von O. Häring
1906

NIPO: 005-91-012-2
ISBN: 84-259-0872-8
Depósito legal: M. 16.813-1991

Impreso en España por
FARESO, S. A. Paseo de la Dirección, 5. 28039 Madrid

A los viejos amigos y alumnos de Viena, con recuerdo fiel

INDICE

ESTUDIO PRELIMINAR

I. Preliminar

Hace tiempo que me interesó este escrito, que prologo, del maestro de Heidelberg. A pesar de mis esfuerzos no logré, hasta hace poco, encontrar tan relevante trabajo.

Conocía su tesis central y algunas cuestiones sueltas a través de las citas de autores germanos en sus estudios sobre los cambios constitucionales.

He de manifestar la intensa satisfacción que experimenté cuando me dispuse a leerlo sin intermediarios. Este goce intelectual se incrementó al comprobar que varias intuiciones y desarrollos que tuve durante un largo período dedicado a cuestiones de dinámica constitucional aparecen in nuce, *o de modo explícito, en este texto clásico de Georg Jellinek. Ello demuestra que no estaba descaminado.*

La doctrina principal del maestro es conocida hace tiempo en España desde que don Fernando de los Ríos vertió a nuestra lengua la monumental Allgemeine Staatslehre *y Adolfo Posada hizo lo propio con el famoso trabajo sobre la Declaración francesa de 1789.*

También interesó a nuestros especialistas la monografía sobre los derechos públicos subjetivos conocida sobre todo a través de la tradición italiana de Vitagliano.

En cambio, a mi juicio, no ocurrió lo mismo con escritos constitucionales como éste. Más adelante puntualizaré sus méritos y aciertos.

La lectura y estudio de este trabajo me ha movido a examinar la personalidad y obra del ilustre Jellinek por dos motivos:

a) *Porque es obvio que todo trabajo de un autor importante ha de considerarse en su conexión con toda su producción científica o al menos con la relacionada más cercanamente con aquél.*

b) *Porque ello me sirve, como he hecho con Kelsen y Schmitt, recientemente, para inscribir a Jellinek en el marco de la Teoría de la Constitución.*

GEORG JELLINEK: EL HOMBRE Y SU OBRA

1. Notas sobre la vida de un gran maestro

Por lo general, en la exposición de la biografía de un gran jurista los diccionarios y enciclopedias concentran, en apretada síntesis, los datos más significativos de su vida, de su currículum *académico y administrativo, amén de una referencia a los títulos de sus publicaciones, acompañada de una breve valoración crítica y de la bibliografía sobre el personaje y su obra* (1).

No criticamos tales exposiciones, que cumplen con la misión de informar rápidamente y satisfacen la curiosidad de los interesados, aunque sucede que así se desvanece la personalidad del autor que es imprescindible para entender sus obras. No insistiré en esto aunque aquí, por economía de pensamiento y espacio, me limitaré a unas breves notas que aclaren la correspondencia entre Jellinek su obra y su tiempo.

(1) La biografía indispensable para conocer al maestro y su obra se debe a su viuda, Camilla Jellinek (nacida Wertheim, hija de un profesor de medicina austríaco) con prólogo de su amigo Wilhelm Windelband y complementado con unas páginas de su hijo, profesor de derecho administrativo, Walter Jellinek (1885-1955). Cfr. *Georg Jellinek. Ein lebensbild entworfen von seiner Witwe Camilla Jellinek* en *Georg Jellinek; Ausgewählte Schriften und Reden, vol. I, Neudruck der Ausgabe, Berlín, 1911; Scientia Verlag Aalen,* Berlín, 1970 pág. 5 y ss. Además, el artículo de Alexander Hollerbach: "Jellinek, Georg", en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales,* dirigida por David L. Sills, vol. 6, Aguilar, Madrid, 1945, pág. 325.

Georg Jellinek (Leipzig, 16-6-1851-Heidelberg, 12-1-1911) fue hijo de un rabino culto. Como en Kelsen (2), *y aparte del escepticismo religioso de éste y de cualquier estimación peyorativa e injusta, su estirpe influyó en su concepción del mundo y de la vida y en su obra. Jellinek fue un jurista clásico hebreo* (3). *Varios datos corroboran lo anterior. Ante todo, como apuntó Fernando de los Ríos* (4), *por su optimismo y mesianismo antropológicos, típicos de un pueblo oprimido que intenta superar las adversidades que de antiguo le han afligido. En su estudio sobre el optimismo de Leibniz y el pesimismo de Schopenhauer se decide por la posición del filósofo cristiano y ecumenista* (5). *También son significativas las páginas que dedicó a Adán en la Teoría del Estado* (6), *tema sumamente original por el asunto y su desarrollo sobre el cual, que yo sepa, poco se ha escrito.*

A mayor abundamiento, nuestro autor subrayó, constantemente, el principio de la personalidad, como postulado originario, presente en su construcción de la teoría del Estado, en su trabajo clásico sobre los derechos públicos subjetivos (7) *y en sus consideraciones sobre el Estado de Derecho. Aquí combina influjos kantianos y de Gierke, conectando también con el pensamiento liberal burgués.*

---

(2) Cfr. mi artículo: "El orden normativista puro (Supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen)", en *Revista de Estudios Políticos.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, núm. 68, 1990, págs. 14 y ss.

(3) La nómina de juristas germanos de origen judío es importante.

(4) Fernando de los Ríos, prólogo a su traducción de la *Allgemeine Staatslehre* "Teoría general del Estado" (trad. de la segunda edición alemana y prólogo). Editorial Albatros, Buenos Aires, 1981, pág. VII. Cito esta edición aunque, como es sabido, la primera edición española data de 1914-15, Librería Victoriano Suárez, Madrid, que no tengo a mano.

(5) Fernando de los Ríos, loc. cit. pág. VIII.

(6) Georg Jellinek: *Adam in der Staatslehre,* en *Ausgewählte Schriften und Reden,* cit. vol. II, pág. 23 y ss.

(7) Su amigo, el filósofo Wilhelm Windelband: *Geleitwort zur Originalausgabe,* en la obra citada en nota (1) señala este aspecto, (pág. X), y, al mismo tiempo, indica su creencia en la bondad de la naturaleza humana y su respeto por el significado singular de cada individualidad (pág. IX).

No hay que olvidar la presencia en su obra del hebreo Spinoza, que anticipó conceptos de la Teoría del Estado y de la Teoría de la Constitución (poder constituyente), como subrayó Carl Schmitt (8). *Otro dato, sobre el que insiste Windelband* (9), *es la creatividad e imaginación jellikenianas, rasgo no privativo de la mentalidad hebrea, pues Carl Schmitt también escribió poemas, pero en la estirpe mosaica adquiere relieves importantes* (10).

El currículum *administrativo y académico de Jellinek es extenso. Trabajó como funcionario austriaco cerca de dos años, sin interrumpir sus estudios, de modo que en 1879 consiguió la* venia docendi *en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena. Posteriormente impartió sus enseñanzas en las Universidades de Berlín y Basilea hasta que en 1890 fue nombrado profesor de Derecho constitucional, Derecho internacional y Ciencia política, disciplinas que cultivó con rigor intelectual en la Universidad de Heidelberg, hasta su muerte en 1911.*

Su paso por diversos centros universitarios acrecentó su preparación científica. Así en Viena estudió Derecho, Filosofía, Geografía e Historia del arte. Se doctoró en filosofía en 1872 y en Derecho, en 1874. Fue Privatdozent *de Filosofía del Derecho (1882), de Derecho político e internacional (1883) y profesor extraordinario de Derecho político en Viena y Basilea (1889).*

Su magisterio en Heidelberg fue excepcional, de modo que contribuyó a elevar el nivel cultural de dicha Universidad, junto con sus amigos Windelband, Ernst Troeltsch, Max Weber y Erwin Rohde, gigantes del pensamiento.

---

(8) Carl Schmitt: "Teoría de la Constitución" (trad. Francisco Ayala). *Revista de Occidente,* Madrid, s.f.pág. 91.

(9) Windelband, *loc. cit.,* pág. VIII, señaló su fantasía, sus poemas, que incluye Camilla Jellinek en su biografía.

(10) Me interesa añadir que mi referencia a la estirpe judía de Jellinek estriba en resaltar la dimensión cultural "no simplemente erudita" que informa al Derecho constitucional inspirado en la tradición judeo-cristiana secularizada.

Jellinek fundó los Staats-und Völkerrechtlichen Abhandlungen *y el* Öffentlichen Rechts der Gegenwart. *En su* cursus honorum *figuran el Vicerrectorado de la Universidad de Heidelberg y su nombramiento de doctor* honoris causa *por la Universidad de Princeton (1907).*

Jellinek fue un excelente maestro, muy estimado por sus colegas y alumnos, buen conversador —como señaló Windelband— y dotado de gran sensibilidad moral.

2. La obra fecunda y actual de Georg Jellinek

La aportación del maestro de Heidelberg a la Teoría del Estado y al Derecho constitucional está estrechamente vinculada al apogeo del Imperio guillermino y al despliegue del Derecho público en ese período. Esto no significa que en su obra no se adelanten algunos presupuestos que se replantearán en la República de Weimar. Lanchester (11) *ha precisado esta conexión.*

Si Paul Laband estableció el predominio del llamado método jurídico formalista en el campo del Derecho constitucional con su monumental obra sobre el Derecho público del Imperio alemán, descuidando aspectos capitales de la Teoría del Estado, correspondió a Jellinek la constitución de una obra clásica y sistemática de esa disciplina, convirtiéndose su doctrina, como indicó Kelsen (12), *en punto de referencia obligado.*

No obstante, en el profesor de Heidelberg se advierte la corrección de aquél formalismo en la medida que incorpora a la doctrina jurídica del Estado, la teoría social del mismo. Ese dualismo, rechazado rotundamente por Kelsen, se replanteará

---

(11) Fulco Lanchester: *Alle origini di Weimar il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Giuffrè, Milano, 1985, *passim*. Conviene aclarar que este valioso estudio trata sobre todo la disputa sobre el sistema parlamentario en este período.

(12) Hans Kelsen: *Teoría general del Estado* (trad. Luis Legaz Lacambra), Editorial Labor, Madrid-Buenos Aires, 1934, pág. IX. Cfr., también, el elogio que hace de esta obra en su *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, segunda edición, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1928, pág. 115.

después de la Segunda Guerra Mundial, con la posición tridimensional de Nawiasky.

La obra de Jellinek aparece, además, marcada por la investigación histórica, sociológica y dogmática de su tiempo, si bien se esforzó, con éxito, en desarrollar e introducir nuevos puntos de vista (análisis de los derechos públicos subjetivos, mutaciones constitucionales, contribuciones históricas) que llegan a nuestros días como puntos de obligada referencia cualquiera que sea la estimación que susciten.

Como posteriormente lo harán Kelsen, Schmitt, Smend y Heller, el análisis de la realidad histórica-ideológica figura en su contribución. Así la historia de la Teoría del Estado (13); *la evolución de la justificación del Estado* (14); *los tipos históricos fundamentales del Estado* (15); *la historia del concepto de soberanía* (16) *y el desarrollo del concepto de Constitución* (17).

No es menester añadir sus contribuciones a la historia de las ideas políticas, particularmente su famosa monografía sobre la Declaración de 1789 (18).

A mayor abundamiento, casi todos los trabajos del maestro se apoyan en relevantes ejemplos y referencias históricas que corroboran su manejo acertado, incluyendo entre ellos la monografía que prologamos.

Estas consideraciones confirman la preocupación jellikeniana por la realidad histórica concebida como hecho social

---

(13) Jellinek: *Teoría general del Estado,* cit., págs. 39 y ss.

(14) Jellinek: *ob. cit.,* págs. 139 y ss.

(15) Jellinek: *ob. cit.,* págs. 216 y ss.

(16) Jellinek: *ob. cit.,* págs. 381 y ss.

(17) Jellinek: *ob. cit.,* págs. 327 y ss. En la página 327 escribe: "Ninguno de los conceptos fundamentales del Derecho político está tan necesitado de una investigación acerca de su evolución histórica como el de la soberanía".

(18) Jellinek: *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (trad. española con un estudio preliminar de Adolfo Posada, Librería Victoriano Suárez, Madrid, 1908. Otros estudios sobre pensadores políticos son: *Smith und Kant* en el vol. I de su *Ausgewählte Schriften,* cit., págs. 42 y ss. *Die Politik* des *Absolutismus und Radikalismus (Hobbes und Rousseau),* vol. II, págs. 3 y ss.

indisolublemente unido a la evolución estatal y constitucional. No se trata de erudición profesional, ni de acumulación de datos, por eso todavía son aprovechables sus investigaciones en este campo. Sólo encuentro pareja a su Allgemeine Staatslehre, *la obra de Richard Schmidt* (19) *en este aspecto. En el capítulo segundo, apartado V, libro primero de su obra principal* (20) *titulado: "Los modos de la investigación histórica en la doctrina del Estado", desarrolla una serie de ideas sugestivas que corroboran dos cosas:*

a) *La metodología histórica del autor.*

b) *Los análisis de los cambios sociopolíticos que preparan su posición respecto a las mutaciones constitucionales a las que se referirá directamente, como veremos, en el capítulo 15 del libro tercero* (21) *dedicado a la Constitución del Estado.*

Nuestro autor indica que ya es un lugar común afirmar que para comprender científicamente una institución hay que conocer su despliegue histórico. Así lo hizo la escuela histórica del Derecho y posteriormente la escuela histórica de la economía política (Schmoller) (22).

En el fondo de toda metodología histórica subyace el convencimiento de que la historia no se limita a mostrar la serie de los fenómenos sociales, sino sus formas vitales, su crecimiento y desaparición.

En las afirmaciones que siguen está latente su posición respecto a las mutaciones constitucionales que esboza en las páginas finales del mencionado capítulo dedicado a la Constitución (23). *En efecto, para Jellinek: "La evolución de un instituto social exige que permanezca el fin antiguo junto a los fines nuevos que se le incorporan; pero cuando simplemente cambian los fines, entonces lo que existe es una conexión*

---

(19) Richard Schmidt: *Allgemeine Staatslehre,* Leipzig, 1901. Cfr. la crítica que le hace Hermann Heller: *Teoría del Estado* (trad. Luis Tobío), Fondo de Cultura Económica, México, 1947, pág.

(20) Jellinek: *ob. cit.*, págs. 381 y ss.

(21) Jellinek: *ob. cit.*, págs. 404 y ss.

(22) Jellinek: *ob. cit.*, págs. 30-31.

(23) Jellinek: *ob. cit.*, págs. 404 y ss.

puramente externa entre varios fenómenos que se suceden en el tiempo". Para Jellinek (24), *todo cambio entraña que una institución modifica sus fines en el curso histórico. En consecuencia, el maestro de Heidelberg insiste, en estas páginas, en los cambios institucionales y no en los normativos, pues en el fondo son, aquéllos, los productores de las mutaciones constitucionales en la medida que estas últimas no se explican, ateniéndose sólo a aspectos formales.*

Veamos este texto significativo: "La modificación en los fines de las instituciones sociales es un fenómeno del más alto valor. Cuanto más vieja es una institución, más probablemente es que no se hayan conservado sus fines primitivos o, al menos, que no se hayan mantenido en su forma inicial. De la naturaleza misma de las cosas depende el que tratemos modificar las instituciones políticas y jurídicas que tenemos, de suerte que pueden enlazarse con las relaciones existentes y a su vez conformarse a nuevos fines" (25). *Me he permitido sub-rayar esta última frase porque expresa, sustancialmente, el meollo de la mutación constitucional (institucional)* (26).

Según esto, la investigación histórica de Jellinek se centra, específicamente, en precisar la naturaleza esencial de la modificación de los fines de las instituciones sociales (estatales-constitucionales) (27). *El conocimiento cabal de las modificaciones experimentadas por los fines de las instituciones sociales es imprescindible para aclarar infinidad de cuestiones relativas a sus principios fundamentales* (28).

Por último, corroborando y ampliando la argumentación anterior, Jellinek subraya la imprevisibilidad e incalculabilidad de los efectos sociales de las instituciones. Según él las "acciones humanas son la fuente de efectos no previstos a causa de la complejidad y variedad enorme de las relaciones sociales.

---

(24) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 31.

(25) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 33.

(26) Seguidamente el maestro menciona varios ejemplos del desarrollo constitucional que confirman su argumentación.

(27) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 33.

(28) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 34.

Los efectos de una nueva regla de Derecho, la institución de nuevas autoridades, de nuevos impuestos, la actividad de los partidos políticos parlamentarios, de un contrato mercantil, de una declaración de guerra, de la cesión de un territorio, de un tratado de paz, etc., jamás pueden ser calculados.

Todos estos actos tienen un fin inmediato, próximo, del cual son conscientes los autores; pero ellos no pueden saber si se conseguirá este fin o si una vez alcanzado surgirá algo distinto de lo que se propusieron o que francamente no desearon. En el encadenamiento de los hechos sociales puede suceder que un acto histórico, que en el pensamiento de su autor estaba determinado con toda precisión en su alcance teleológico, rebase toda medida de previsión y produzca consecuencias bien distintas" (29).

Como consecuencia de lo precedente, considero que para comprender la doctrina jellikeniana sobre las mutaciones constitucionales es imprescindible tener en cuenta la metodología histórica de nuestro autor que aplica al análisis de las instituciones sociales, pues como se desprende de los ejemplos aducidos abarcan el ámbito institucional regulado por el Derecho constitucional.

Por consiguiente, para entender, en su amplitud y sentido, la monografía que prologamos es muy conveniente releer los textos mencionados sin olvidar su conexión indudable con la fenomenología política de su tiempo. La fecundidad científica del maestro se manifiesta tanto en la coherencia entre sus escritos, así como en su influjo posterior en la doctrina, cosa que, a mi entender, no ha sido suficientemente subrayada (30).

Ahora que en nuestros días, particularmente en España, se descuidan las grandes teorías en el campo del Derecho constitucional, me parece conveniente volver a los clásicos. No sólo a

(29) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 36.

(30) Prueba de esto es la interesante introducción de Miguel Herrero de Miñón a su traducción, en colaboración con Michael Forster y José Carlos Esteban, del escrito de Jellinek: *Fragmentos de Estado*, Editorial Civitas, Madrid, 1978.

Kelsen y a Schmitt, parcialmente conocidos y no bien comprendidos. También a Jellinek, cuyo pensamiento sobre las mutaciones constitucionales es sumamente actual y no sólo por esta cuestión, sino además por las consideraciones que hace sobre el parlamentarismo, la opinión pública, los partidos y la prensa, como expondremos más adelante.

En definitiva, los teóricos del Estado y los constitucionalistas clásicos, son fecundos porque todavía están presentes. Son sugeridores (31).

3. Obras de Georg Jellinek

Como es sabido, la producción científica de Jellinek es

---

(31) Hace tiempo que me preocupa la escasez de teorías generales en la doctrina española del Derecho constitucional. Salvo contadas excepciones, los manuales y monografías sobre la materia eluden los problemas de calado teorético dogmático, sea porque se ciñen excesivamente a la exégesis de los preceptos que examinan, a sus precedentes legislativos con alguna referencia de Derecho comparado, a la jurisprudencia constitucional. Son elementos sin duda importantísimos, pero no encuadran en una visión más general y profunda. La *administrativización* del Derecho fundamental; el *labandismo* sin la garra de su creador (Paul Laband); el *kelsenismo*, que ignora al *otro Kelsen* y desconoce su fundamentación gnoseológica; el *schmittianismo*, basado, casi exclusivamente, en dos de sus obras: *Teoría de la Constitución* y *Defensa de la Constitución;* la recepción tardía de la obra de Smend, todavía no asimilada; el olvido de Hauriou y de Duguit; la polarización en los constitucionalistas italianos contemporáneos, basándose escasamente en Orlando, Romano y Mortati; el descuido de la realidad social del momento en la aplicación e interpretación de las normas y la poca atención a la dinámica constitucional, son carencias que afectan a bastantes de los cultivadores más jóvenes de nuestra disciplina.

Es menester volver a los clásicos y tener en cuenta sus grandes concepciones, aunque se discrepe de ellas. Es interesante comprobar que los constitucionalistas anglosajones: Marshall, Richards, Schaar cfr. mis referencias a estos autores en mi trabajo: "El concepto de Constitución en la Constitución (Consideraciones sobre la función y fin de las constituciones)", en *Estudios en honor del profesor Mariano Hurtado Bautista* Universidad de Murcia 1991. Resumen de un estudio más amplio que aparecerá en: *Estado e Direito* Lisboa. También cfr. Mark Tushnet: *Red, White and Blue. A Critical*

extensa. Cultivó la Teoría del Estado, el Derecho constitucional, el Derecho administrativo, la Ciencia política, la Historia del pensamiento, amén de otros ensayos que no cuadran exactamente con las disciplinas mentadas. A continuación citamos sus escritos: Die sozialethische Bedeutung *von* Recht, Unrecht und Strafe *1878 reimpresión 1967.* Die Lehre *von den* Statenverbindungen *1882, reimpresión 1969.* Gesetz und Verordung *1887, reimpresión 1964.* System der subjetiven öffentlichen Rechte *1892, 29 ed. 1905, reimpresión 1964.* Die Erklärung der Menschenrechten *1895, 29 ed. 1904.* Allgemeine Staatslehre *1900, 2.ª ed., 1905; 3.ª ed., 1914, reimpresión 1960, 1966.* Ausgewählte Schriften und Reden, *2 vols., ed. por su hijo Walker Jellinek, 1911, reimpresión 1970. Bibliografía sobre el autor en* Archiv des öffentlichen Recht *27 (1911) págs. 606-619.*

4. Supuestos metodológicos en la obra de Jellinek

En páginas anteriores señalamos la interdependencia de la Allgemeine Staatslehre *del maestro con el clima intelectual y social del Imperio guillermino.*

Si correspondió a Paul Laband el título de Kronjurist *de ese período justamente por su monumental obra sobre el Derecho público del Imperio alemán, puede, asimismo, considerarse a Jellinek como el teórico más célebre y sólido de la Teoría del Estado a partir de 1900* (31 bis), *dieciocho años antes de la derrota alemana en la Primera Guerra Mundial y veinticinco antes de la publicación de la* Allgemeine Staatslehre *de otro*

---

analysis of Constitucional Law, Harward University Press. Cambridge, Massachusetts and London, England, 1988.

(31 bis) Mario de la Cueva: *La idea del Estado.* Universidad Nacional de México, 1986, discípulo de Jellinek, recuerda en la página 144 de su libro esta anécdota: Jellinek sostuvo que la soberanía no correspondía ni al príncipe ni al pueblo, sino al Estado. Un día el emperador Guillermo recibió a Jellinek en audiencia y cuando el maestro se inclinó reverentemente y saludó diciendo: *Majestad Soberana,* le objetó el emperador que ya no lo era, porque él, Jorge Jellinek, le había arrebatado la soberanía, a lo que replicó el astuto personaje: *aber, Ihre Majestät, l'Etat c'est vous.*

gran maestro, Kelsen. Finalmente, treinta y tres años antes del derrumbamiento de la República de Weimar. Son fechas significativas en el desarrollo de la Teoría del Estado y del Derecho constitucional continental europeo que merecen tener bien presentes.

Mientras Laband manifestó su orgullo académico-patriótico al estudiar las transformaciones del Imperio teutón, Jellinek, menos apasionadamente, escribió en el prólogo a la primera edición de su obra principal: "... ningún pueblo poderoso puede carecer en ningún momento de su vida de una doctrina del Estado" (32). *Mientras el positivista que hemos citado ya varias veces, Laband, mostró su entusiasta satisfacción en los momentos cumbres del Imperio guillermino, en tanto que Jellinek tuvo conciencia de su contribución capital a la teoría estatal y de su influjo en Alemania y en diversas naciones europeas* (33), *Kelsen publicará su Teoría General del Estado en momentos de cierta estabilidad de la República weimariana y Hermann Heller nos dejará su Teoría del Estado, ya en el exilio español, incompleta, pues le sorprendió, la muerte antes de culminarla. También la Teoría de la Constitución, de Schmitt, apareció antes de la descomposición weimariana. Son fechas, obras y personalidades inescindibles de las circunstancias político-sociales que les tocó vivir e, incluso en el último, influir.*

Bauer (34) *expone el sistema jellikeniano cuando examina el relativismo axiológico de los neokantianos y dentro de la escuela suroccidental alemana. Parece, pues, relevante señalar que la disputa metodológica* (Methodenstreit) *gira entonces en torno al neokantismo y en conexión con el relativismo valorativo, cuestión que no sólo implicó a los juristas además también,*

---

(32) Jellinek: *ob. cit.*, pág. XLV.

(33) En el prólogo a la segunda edición (pág. XLVII) indica que su obra ha sido traducida al francés y al ruso. Pronto se verterá al español y al checo y posteriormente al italiano, edición de Orlando.

(34) Wolfram Bauer: *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit und die Weimaerer Demokratie (eine Politologie des Methodenstreits der Staatsrechtslehre*. Duncker und Humblot, Berlín, 1968, págs. 67 y ss.

como es natural, a los filósofos, sociólogos e historiadores del tiempo (Windelband, Rickert, Lask, Max Weber, Simmel, Radbruch). El mismo año de la desaparición de Jellinek se publicaron los Hauptprobleme, *de Kelsen, que anticipan parte de las tesis y argumentaciones de su* Reine Rechtslehre.

La comparación entre la obra de Laband y la de Jellinek —advierte Manfred Friedrich (35)— *manifiesta que el segundo no se limitó al conocimiento y manejo del derecho positivo como el primero, pues se ocupó también, sin abandonar la dogmática jurídica, de las cuestiones que la condicionan y nutren como hizo en su* Allgemeine Staatslehre.

La doctrina del derecho político durante el Imperio guillermino, no adoptó postura crítica respecto al sistema del poder monárquico, debido al ambiente de quietismo político de la época. También esto se explica porque los autores prefirieron guardar una distancia calculada respecto al ordenamiento vigente.

La obra de Jellinek entraña, pese a su enfoque relativista, un notable progreso en relación con las posiciones precedentes, y respecto a la conexión entre la norma jurídica y la sociedad. Aunque el autor cooperó metódicamente a distinguir el derecho público de la política, fue el primero que intentó aclarar científicamente la esencia de lo político y sus relaciones con el Derecho (36).

Como once años más tarde hará Kelsen en sus Hauptprobleme (37), *Jellinek, en el capítulo primero de su Teoría general del Estado desarrollará la distinción entre las ciencias normativas y las ciencias naturales, tópico fundamental de la filosofía neokantiana de su tiempo, pero mientras Kelsen supe-*

---

(35) Manfred Friedrich: *Paul Laband und die Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit* en *Archiv des öffentlichen Rechts,* vol. 11, cuaderno 2, Tübingen, 1986, pág. 212.

(36) Bauer, *ob. cit.,* págs. 68-69.

(37) Hans Kelsen: "Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)". Traducción de la segunda edición del alemán por Wenceslao Roces. Notas, revisión y presentación de Ulises Schmidt. Editorial Porrúa, S. A., México, 1987.

ra la contraposición entre el ser y el deber ser, elevando este último al plano lógico transcendental, eliminando los elementos reales, el maestro de Heidelberg establecerá la contraposición susodicha como un dualismo que aplica el Estado con la teoría de sus dos facetas (Zweiseitentheorie):*Teoría social del Estado y Teoría jurídica del mismo.*

"Las normas más importantes en relación con las ciencias del Estado, —escribe— son las normas jurídicas. La ciencia del Derecho es una ciencia no de leyes del ser, sino de normas. De aquí una distinción fundamental para las cuestiones metodológicas entre doctrina sociológica del Estado y doctrina jurídica del mismo. El contenido de la primera lo constituye el examen de los hechos, de lo histórico, o según suele decirse, no con mucho acierto, el examen del ser naturalista del Estado; la doctrina jurídica, en cambio, tiene como materia propia aquellas normas del deber ser, normas jurídicas que llegan a adquirir expresión en el ser real. Estas normas no son reales por sí mismas, sino que van realizándose mediante la acción continua. Gracias a este conocimiento de las diferencias podía evitarse en toda ocasión una confusión de ambas partes de la doctrina del Estado" (38). *La* Allgemeine Staatslehere, *de Jellinek —advierte Bauer* (39)*— es, a semejanza de la sociología de la comprensión weberiana, una ciencia empírica.*

La ciencia del Derecho tiene carácter normativo como la lógica que no nos dice cómo son las cosas, sino cómo se las debe pensar para no contradecirse. Aunque la realidad es supuesto del Derecho, sobre la que se apoya, eso no significa que tenga naturaleza puramente ideal, ya que la proposición jurídica en cuanto tal sólo tiene existencia conceptual.

El maestro afirma que los juicios deducidos de las proposiciones jurídicas no suministran el conocimiento de una substancia, sino de una relación. Nos enseñan a conocer la relación de los derechos con la norma, de modo que lo justo y lo injusto no son predicados adheridos a las cosas, no son propiedades, sino relaciones, de suerte que el conocimiento jurídico de un

(38) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 15.
(39) Bauer: *ob cit.*, pág. 67.

objeto es muy distinto del conocimiento de los hechos reales que lo componen (40).

Jellinek subrayó la importancia de un método adecuado en la Teoría del Estado (41), *le preocupaba el conformismo que reinaba en Alemania en su tiempo sobre este asunto y por el hecho que en tanto que en las ciencias naturales se habían aplicado métodos fructíferos, esto no se daba en las ciencias sociales en las que apenas se había trabajado en el campo metodológico. Por otro lado, subrayó que los seres humanos se diferencian de las fuerzas naturales sobre todo en que frente a la uniformidad de éstas presentan una multiformidad ilimitada. A su juicio los individuos humanos son siempre distintos, "... en cada cual hay algo propio, peculiar, que no se repite en ningún otro y que determina en el individuo precisamente su dirección social"* (42). *Late en estas consideraciones respecto a lo inefable del hombre, la inclinación del autor por los análisis psicológicos y aún un cierto aspecto ético que se percibe en sus primeros escritos* (43). *Fue una preocupación constante en su vida relacionada con su tesis del Derecho como* minimun *ético para la convivencia.*

En su sistema de los derechos públicos subjetivos (44), *anticipó sus ideas sobre el método jurídico. La insistencia sobre este criterio metodológico es connatural al positivismo jurídico en la doctrina clásica germana, pasó a la italiana con Orlando y se ha replanteado ahora entre nosotros.*

Tres observaciones me parece que deben hacerse:

a) *El carácter pleonástico de la expresión. Es superfluo, so-*

---

(40) Jellinek: *ob. cit.*, págs. 102-103. Estas últimas afirmaciones se asemejan a la reducción del concepto de sustancia al de función. Cfr., entre otros, Siegfried Marck.

(41) Jellinek: *ob. cit.*, págs. 19 y ss.

(42) Jellinek: *ob. cit.*, págs. 21-22.

(43) Jellinek: *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe,* 1878.

(44) Jellinek: *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (traducción por Gaetano Vitagliano, Prólogo de Vittorio Emanuele Orlando, Societá Editrice Libreria, Milano, 1912.

prendente, afirmar que el Derecho constitucional debe estudiarse con métodos jurídicos. Claro está, sin embargo, que Gerber y Laband indicaban con esta expresión la exclusión de elementos históricos, sociológicos, económicos, éticos del campo del Derecho público. Conviene recordar la crítica y polémica de Otto von Gierke con Paul Laband y no olvidar el influjo del autor del derecho germano de las corporaciones sobre el maestro de Heidelberg.

b) *Que la expresión más rotunda en esta línea corresponde, como es sabido, a la teoría pura del Derecho de Kelsen, inspirada por el trascendentalismo kantiano.*

c) *Que desde el momento en que Jellinek establece el dualismo entre la Teoría social del Estado y la Teoría jurídica del mismo, huelga decir que el método jurídico jellikeniano ha de circunscribirse a la doctrina jurídica estatal aunque Balladore Pallieri* (45) *subraye, con perspicacia, que los dos conceptos del Estado (social y jurídico) jellikenianos no son puros en absoluto, pues cada uno de ellos se contamina con el otro.*

También me parece superfluo añadir que el método para estudiar el Estado y la Constitución depende del concepto previo de lo que cada autor y cada corriente doctrinal entiende por aquéllos, de modo que el método elegido está predeterminado e influido por datos psicológicos, filosóficos, éticos, sociales y políticos. En este sentido podríamos decir, parafraseando a Fichte, que la clase de Teoría del Estado y de Teoría de la Constitución dependen del tipo de hombre que las sostengan. Así pues, la tesis de Jellinek sobre el derecho como minimun *ético imprescindible para convivir, la teoría de la autobligación del Estado, son referencias ético-sociales que reducen considerablemente la ilusión de un estricto método jurídico.*

¿Qué entiende el maestro por método jurídico? Veamos.

A su juicio, el método jurídico tiene una finalidad: fijar los principios de la doctrina jurídica del Estado. Esta es una ciencia de normas que se diferencia claramente de las afirmaciones

(45) Giorgio Balladore Pallieri: *Dottrina generale dello Stato,* Cedam, Padova, segunda edición, 1964, pág. 55.

acerca del ser del Estado en cuanto fenómeno social (46). *Insiste en que gran parte de las disputas metodológicas derivan de la falta de claridad con que se contempla la doble naturaleza del Estado. No deben introducirse métodos investigadores extraños al campo jurídico de la Teoría del Estado que son aplicables a su faceta social.*

Si bien la historia, la ciencia social y la política se ocupan también del derecho en su origen, evolución, aspectos económicos, éticos, de su influjo en las ideas nacionales y aún en la vida de los pueblos, "... la forma dogmática de las normas jurídicas sólo puede ser explicada mediante el arte del jurista, arte que consiste en abstraer de los fenómenos jurídicos normas, y en deducir las consecuencias que éstos implican. La dogmática del derecho es irremplazable, pero el uso exclusivo de la misma es insuficiente para abarcar los aspectos múltiples de la vida del Estado, de aquí que el investigador necesite a las otras disciplinas" (47).

Es interesante comprobar que estas consideraciones están a caballo entre el texto canónico *de Paul Laband* (48) *sobre el tema y el análisis correcto que Hermann Heller* (49) *hizo en su libro póstumo. Tampoco hay que olvidar cómo Kelsen llevó a sus últimas consecuencias la logicización trascendental del problema en su Teoría pura del Derecho.*

Por último, dos observaciones más sobre la posición jellikeniana sobre la metodología del Derecho público. En primer lugar, señala el grave error metodológico que se comete cuando se trasladan, acríticamente, los conceptos del Derecho privado al público, aún cuando existan formas jurídicas generales

---

(46) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 37.

(47) Jellinek: *ibídem*.

(48) Paul Laband: *Das Staatsrecht der deutschen Reiches in 4 Bänden. Neudruck der 5 Auflage*, Tübingen, 1911, Scientia Verlag, Aalen, 1964, pág. VII del prólogo.

(49) Hermann Heller: *Teoría del Estado*, cfr. también del mismo: "La soberanía. Contribución a la teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional". Traducción y estudio preliminar de Mario de la Cueva. Universidad Nacional Autónoma de México, 1965.

comunes a todas las ramas jurídicas. En ese error incurrió Laband en su monumental obra.

Además, el maestro señala que los límites de la investigación jurídica en la doctrina del Estado, brotan de su fin que estriba en la posibilidad práctica de juzgar, jurídicamente, la vida real. "No hay jurisprudencia que pueda, impulsada por sí misma, hallar en su seno, como acontece a las disciplinas estrictamente teóricas, el valor del conocimiento (50).

Jellinek considera al Derecho como un fenómeno psicológico, es decir, interno al hombre, forma parte de las representaciones humanas, vive en nuestra mente de modo que una determinación equivale a precisar qué parte del contenido de nuestra conciencia es la que designamos con el nombre de Derecho (51). *Del mismo modo el Estado y su exteriorización aunque se reflejan en el medio físico, es esencialmente un fenómeno interno de la vida humana. Así "mediante ella, nos es lícito comprender hechos fundamentales del Estado y singularmente del derecho político. Es imposible, por ejemplo, comprender la naturaleza de una relación de poder, la naturaleza del* imperium, *como no sea mediante un claro análisis psicológico"* (52).

El conocimiento exterior, objetivo del Estado muestra una imagen pobre, científicamente insuficiente. Los hechos sociales sólo pueden comprenderse a condición de conocer los hechos psíquicos que los determinan y acompañan, ya que todos los datos exteriores de la sociedad, así como todos los cambios producidos en la vida humana, están condicionados por la voluntad, cuya dirección y contenido están dados por la plenitud del ser psicológico y por la actuación humana. Así, con este modo de conocimiento se traslada el Estado del mundo de lo objetivo al mundo de lo subjetivo (53).

Según la concepción subjetiva del Estado existen dos modos de contemplarle: considerándolo como fenómeno social (aspec-

(50) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 38.
(51) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 249.
(52) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 60.
(53) Jellinek: *ob. cit.*, págs. 101-102.

to histórico-político) que abarca el ser y obras estatales en el mundo exterior e interno o viéndolo en su vertiente jurídica. Ahora bien, el Derecho ofrece, a su vez, una doble faceta, pues es, de un lado, ejercicio normativo efectivo que tiene el carácter de un poder social integrado en la vida concreta de la cultura de un pueblo y, por otra parte, es un conjunto normativo que exige transformarse en acciones. En este último sentido el Derecho no corresponde al ser, sino al deber ser (54).

Como acabamos de ver, Jellinek se mueve dentro del psicologismo, corriente que en sus días tuvo cierto desarrollo en su aplicación a las ciencias sociales y a la antropología comparada con los animales (Wundt), la actitud psicologizante enlaza con la preocupación ética y sirve de contrapeso a su teoría sobre la fuerza normativa de lo fáctico. Las referencias que hace a Boutmy y al italiano Sighele que se ocuparon de temas psicosociales lo corroboran.

La distinción entre ser y deber ser no es radical en Jellinek. No aparece como contraposición, sino como diferenciación.

Su posición no coincide, en este punto, con la que a partir de 1911 adoptará Kelsen en sus Hauptprobleme. *Ya vimos cómo Balladore Pallieri subrayó la filtración de consideraciones correspondientes al deber ser neokantiano en su Teoría social del Estado y argumentaciones relativas al ser en su Teoría jurídica de aquél. Me parece que estas transferencias se deben a su psicologización del derecho y a su preocupación ética cuando inserta en la doctrina general social del Estado las cuestiones de su justificación y de su finalidad* (55), *asuntos que para él son interdependientes. Huelga decir que esta posición fue duramente criticada por Kelsen.*

Otra cuestión relevante en la metodología jellikeniana versa sobre la llamada fuerza normativa de lo fáctico *que en términos clásicos viene a ser el aforismo* ex facto oritur ius, *afirmación positivista, sin duda, pero que en el sistema del*

---

(54) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 102.

(55) Jellinek: *ob. cit. Las doctrinas sobre la justificación del Estado,* libro II, capítulo 7.º, págs. 137 y ss., y *Doctrina de los fines del Estado,* libro II, capítulo 8.º, págs. 171 y ss.

autor se edulcora merced a la tesis sobre el minimun ético *y a las consideraciones sobre la justificación y finalidad del Estado.*

Por lo tanto, psicologismo, factualismo normativo, deontología y teleología se interrelacionan en la Allgemeine Staatslehre *del maestro* (56).

Para Jellinek (57), *lo dado expresa una significación normativa de las cosas humanas. Para demostrarlo recurre a la psicología del niño que tiende a convertir lo real en norma* (58). *La significación normativa estriba en la propiedad de nuestra naturaleza que reproduce, más fácilmente, lo que ha sido ya*

---

(56) Podría objetarse que las exposiciones del autor sobre la justificación y finalidad estatales son meramente histórico-descriptivas, explicativas, de modo que no cabe aludirlas como concesiones del positivismo jellikeniano a posiciones estimativas, objetivas, morales y menos iusnaturalistas. A pesar de ello, nuestro autor sostiene, al inicio del capítulo citado sobre la justificación del Estado: "Por esto depende de la naturaleza de nuestro pensar mismo el que presentemos la siguiente cuestión crítica frente a las instituciones sociales: ¿Por qué existen? Esta cuestión no va encaminada de ningún modo, como erróneamente se suele considerar, a conocer los orígenes de las instituciones. La respuesta a las cuestiones antes señaladas aquí, debe suministrarnos, no un conocimiento histórico, sino principios para las acciones. Las instituciones necesitan para subsistir poder ser justificadas racionalmente ante la conciencia de cada generación" (pág. 137).

Advirtamos que Jellinek habla, en este texto, de *Principios* para las acciones y de una justificación racional ante la conciencia de cada generación. A mayor abundamiento escribe, en la página 138, "... se trata aquí de una cuestión, que en último término, corresponde a la ética, a saber: si el Estado ha de ser reconocido partiendo de una necesidad que es superior al individuo y al Estado y su Derecho".

En cuanto al fin del Estado, Jellinek señala que la determinación de los fines estatales completa la *necesaria justificación ética* y psicológica del mismo (pág. 175).

(57) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 145.

(58) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 253: "Este (el niño) exige que se le vuelva a referir exactamente, con los mismos giros con que antes lo escuchara, lo que una vez le fue contado, y considera una falta cualquier modificación que se introduzca. La posesión real de un juguete la juzga como un acto jurídico. De aquí que todo obstáculo que se oponga a la posesión, lo concibe como

fisiológica y psicológicamente realizado que lo que le es nuevo. La evolución del Derecho y de la normalidad, los orígenes del Derecho y de la comprensión de la existencia del orden jurídico son posibles mediante la consideración de la fuerza normativa de los hechos, porque lo real tiene en general una tendencia psicológica a transformarse en obligatorio (59). *Esta tesis jellikeniana ha sido criticada. Se ha visto por autores alemanes e italianos como una expresión de la fuerza bruta, de la potestad de imperio sin límites jurídicos que sacraliza hechos consumados* (60). *Ahora bien, conviene apuntar que el maestro se cuidó en aclarar que tal fuerza no es física, puesto que en parte es una fuerza ética e histórica* (61). *Acertadamente, Hollerbach* (62) *aclara que el enlace entre el ser y el deber ser corresponde al principio de la fuerza normativa de lo real. "Pero Jellinek no creía que el derecho se originaba* ex ipso facto bruto. *Para que lo real tenga fuerza normativa requiere una aceptación general de lo que es el deber ser; para Jellinek era evidente que la Ley debe de estar de acuerdo con el* minimun *ético".*

¿En qué consiste este minimun ético?

Si tenemos en cuenta los puntos de vista psicológicos, éticos

---

un atentado. Mediante el paralelismo de autogénesis y filogénesis se justifica la conclusión de que históricamente las primeras representaciones o concepciones de la normativa, se han desenvuelto de un modo análogo, partiendo inmediatamente de lo real".

(59) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 254. Seguidamente expone diversos ejemplos tomados del Derecho constitucional.

(60) Balladore Pallieri: *ob. cit.*, págs. 56 y ss. Víctor Cathrein, S.J., decía: "Ha de reconocerse que Jellinek considera la pura coacción física como insuficiente para la estabilidad de una verdadera norma jurídica e intenta darle un fundamento psicológico más arraigado, pero esta fundamentación dimana, sin embargo, de una legitimación de todo lo existente, o sea, de la realidad perfecta de los hechos consumados", *Filosofía del Derecho. El Derecho natural y el positivo* (trad. Alberto Jardón y César Barja), cuarta edición, Reus, Madrid, 1941 pág. 119.

(61) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 270.

(62) Alexander Hollerbach: "Jellinek, Georg", en *Enciclopedia,* en nota (1), pág. 325.

y sociológicos, que animan la obra de Jellinek y releemos su Allgemeine Staatslehre, *deducimos que el derecho es el* minimun *ético o conjunto de normas morales —distintas de las jurídicas imprescindibles— exigido por la conciencia humana para vivir en sociedad* (63). *Esta definición muestra un aspecto objetivo en cuanto a conjunto de normas morales elementales, indispensables para vivir en sociedad y otro* subjetivo *en cuanto* minimun *de moralidad inserto en los preceptos jurídicos exigidos por la voluntad humana.*

De los Ríos (64) *apunta la semejanza de esta tesis con la desarrollada por Trendelenburg en su obra dedicada al Derecho natural.*

A mi juicio, fuera o no consciente de ello nuestro autor, el antecedente es más lejano. Lo encontramos en la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino (65) *y, en definitiva, se remonta al decálogo, de modo que es un influjo de la ética judeo-cristiana. En efecto, De los Ríos sintetiza muy bien la idea de Jellinek* (66): *"esta concepción del Derecho como un* minimun *ético es la que alienta, dice Jellinek, en el decálogo y en las prescripciones fundamentales de los budistas: honrar padre y madre, no matar, no robar, no cometer adulterio, no mentir, dice el cristiano: lo que equivale a hablar de santidad de la persona, de la propiedad, etc.; y los mandamientos del budista son: no matar, no robar; no ser deshonesto; no mentir. Y a medida que un pueblo progresa, tanto más numerosas son las ordenaciones que tienden a conservar el todo y, por consiguiente, tanto más amplias las bases morales del Derecho".*

Si examinamos con calma la función del minimun *ético en el sistema jellikeniano, según se desprende del concepto que antes extraímos de sus escritos, aquel cumple una función mantenedora y otra defensora del orden social mediante una*

---

(63) Jellinek: *Die sozialethische Bedeutung von Recht,* cit., segunda edición, pág. 45.

(64) Fernando de los Ríos: Prólogo a su traducción de la obra capital de Jellinek, pág. XXVI.

(65) Santo Tomás de Aquino: *Summa Theologica,* I-II 96, 2.

(66) Fernando de los Ríos: Prólogo, cit., pág. XXII.

traducción jurídico-normativa. Por otro lado, el minimun *ético matiza el positivismo y relativismo del autor en la medida que introduce criterios estimativos de lejana tradición teológica judeo-cristiana.*

En este orden de ideas, hay que recordar las consideraciones del autor sobre el fundamento y finalidad del Derecho y del Estado antes desarrolladas (67).

León Duguit (68) *puntualizó que Jellinek, tras haber expuesto su doctrina, parece albergar ciertos escrúpulos. En efecto, se planteó si era suficiente para fundamentar el derecho público; si no existía un Derecho verdaderamente superior al Estado que se le imponía por su propia virtualidad.*

Leyendo ciertos pasos de su obra —continuaba el decano de Burdeos— parece que acepta aquella idea; empero no nos dice cuáles son, según él, la base y la extensión del Derecho supremo (69).

Otra cuestión que merece estudio versa sobre el pretendido positivismo formalista de Jellinek. ¿Fue el maestro de Heidelberg un auténtico positivista?

Es un tópico, sin mengua de su relativo alcance pedagógico, la afirmación de un progresivo despliegue positivista-formalista siguiendo la línea dogmática-formalista: Gerber, Laband, Jellinek, que culmina en Kelsen.

Este último invoca tal secuencia y se considera deudor de Jellinek (70). *No obstante, todos los tópicos en cuanto lugares comunes deben cribarse convenientemente. Esto es lo que pretendemos ahora hacer. Veamos.*

---

(67) Cfr. Lo que dice Jellinek: *Teoría general del Estado,* cit., págs. 177-178, acerca de la función reguladora de la actividad política del Estado que cumplen sus fines supremos limitando su poder.

(68) León Duguit: *Traité de Droit constitutionnel,* tercera edición, tomo I, París, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie Editeurs, E. de Boccard, Sucesseur, París, 1927, pág. 645.

(69) Años más tarde Balladore Pallieri reiteró esta apreciación, *ob. cit.,* págs. 61-62.

(70) Kelsen: *Teoría general del Estado* (trad. Luis Legaz Lacambra), Editora Nacional, México, 1971, pág. VII.

Ante todo, si la formalización y anticipada juridificación del Derecho público alemán fue la tarea metodológica de Gerber y de Paul Laband, no hay que olvidar el influjo del gran Otto von Gierke sobre el maestro de Heidelberg. Gierke criticó la tendencia formalista. Claramente desarrolla esta opinión De los Ríos (71): *El formalismo "... concibe de un modo exterior, según el profesor Gierke, las relaciones de la vida de un pueblo, y si bien presta gran servicio demostrar la independencia relativa del Derecho respecto de las fuerzas que lo originan, desestima, en cambio, la investigación de las relaciones internas del Derecho en la cultura y singularmente con lo que es para Gierke la piedra de toque, a saber: con la situación económica de una parte y con las intenciones morales de otra, para sobre estas bases formar científicamente los conceptos jurídicos. Los que siguen esta dirección cambian la relación que ha de existir entre Derecho y ciencia del mismo y dicen: 'que la esencia del Derecho se encuentra en su formulación científica, olvidando que el Derecho tiene existencia real antes de que la jurisprudencia nazca y sin ella'. Para el formalismo, el todo es el sistema que de medio auxiliar se convierte en fin mismo, con lo cual, dice Gierke, en vez de encontrarnos con un organismo vivo, nos hallamos con un aparato formal muerto, en una palabra, con una mera técnica exterior del Derecho".*

En definitiva, Jellinek hereda, en parte, el historicismo gierkeniano que enlaza con la escuela histórica a través del germanista Beseler, maestro de Gierke (72).

En nuestros días, Böckenförde (73) *ha precisado el llamado*

(71) Fernando de los Ríos: Prólogo, cit., págs. XVII-XVIII.

(72) De los Ríos: *ibídem*, comenta la opinión de Gierke expresada en su trabajo: *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien* en *Zeitschrift für Staatswissenschaft*, págs. 153-98 y 265-335. Coincide con Manfred Friedrich: *Paul Laband*, cit., pág. 212. No hay que olvidar la dura crítica de Gierke a los supuestos metodológicos de Laband en su escrito: *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaften Schmollers Jahrbuch*, 1883.

(73) Ernst Wolfgang Böckenförde: *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*.

formalismo jellikeniano en la medida que su pensamiento positivista se abre, cada vez más, a los datos reales de la vida estatal para comprender mejor las construcciones jurídicas. Jellinek considera que la Jurisprudencia no puede ignorar el contenido, la naturaleza *de las relaciones vitales. Así lo mantiene en su* Gesezt und Verordnung, *Tübingen, nueva impresión, 1919, págs. 235 y antes pág. 33. La solución de las cuestiones jurídico-políticas depende necesariamente de la representación que se tenga de la* esencia *del Estado. En el prólogo de la obra anterior y en la pág. 89 confiesa que siempre tuvo clara conciencia que, a menudo, los detalles más pequeños dependen, para su solución correcta, del conocimiento de la esencia del Estado. El autor mencionado subraya que, no obstante, Jellinek no consiguió superar del todo las unilateralidades y condicionamientos del método formalista.*

Por otro lado, como ocurrió con Gerber (74) *y sucederá después con Kelsen* (75) *también se advierten claramente, en Jellinek, los supuestos y aspiraciones de la burguesía liberal de su tiempo. Este aspecto ha sido subrayado por Bauer* (76). *Según éste, así como Paul Laband se adhirió al Estado de funcionarios o Estado administrativo conservador* (Beamtenstaat) *de sus días, Jellinek enraizó con el ambiente espiritual de la burguesía. Así, rechazó que el Estado estuviese sobre la sociedad y que la monarquía se justificase como una institución situada sobre todos los sectores sociales, de tal modo que impidiese colocarse al monarca cerca de otros grupos sociales. El método dualista de Jellinek refleja la fase final del Imperio guillermino cuando la vida social se movía conforme con un orden estatal indiscu-*

Von der Aufängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zu Höhe des Staatsrechtlichen Positivismus. Duncker und Humblot, Berlín, 1958, pág. 242.

(74) Sobre el subsuelo ideológico de las construcciones gerberianas y labandianas, cfr. Walter Wilhelm: *Metodología jurídica nel secolo XIX. A cura* di P.L. Lucchini. Giuffrè, Milano, 1974.

(75) Cfr. Pablo Lucas Verdú: "El orden normativista puro (Supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen)", en *Revista de Estudios Políticos,* núm. 68. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

(76) Bauer, *loc. cit.,* pág. 69.

tido. No obstante, dentro de la esfera política se iniciaba una oposición. La aptitud involuntaria de las capas liberales ante el poder cerrado configura el transfondo de la Teoría general del Estado de Jellinek. La yuxtaposición entre la soportabilidad del poder y la idea de sus fines que no legitima a aquél éticamente, sino teleológicamente, descubre la discordia entre la teoría social y el Derecho político. En definitiva, la posición política de Jellinek cuadra con el escepticismo de los neokantianos.

En el mismo sentido también Ermacora (77), *después de subrayar el gran servicio prestado por Jellinek a la doctrina germana del Estado en la medida que culminó la multiplicidad de sus teorías, su análisis del concepto del Estado, aparentemente apolítico, ha sido decisivo para la ciencia burguesa del Estado, pues su concepto del mismo es un producto típico del liberalismo.*

En definitiva, todos los esfuerzos para conseguir una pureza absoluta de la Teoría del Estado y del Derecho político han fracasado incluyendo, por supuesto, la grandiosa construcción kelseniana.

A mayor abundamiento, nuestro autor subrayó, en diversas ocasiones, la interdependencia entre lo jurídico y lo político, aunque hay que procurar no confundirlos (78). *"Si la política por sus fines y métodos —escribe— ha de separarse de la doctrina sociológica del Estado y del Derecho público, no ha de olvidarse la conexión interna que existe entre todas las esferas de una ciencia y además que esta disciplina práctica es del valor y significación más altos para quien quiera tratar eficazmente las cuestiones teóricas. Tanto el orden estático del Estado, que es el objeto de estudio de la doctrina sociológica del mismo, cuanto las reglas jurídicas del Estado, que es la materia de que trata el Derecho político, necesitan, para ser comprendidas*

---

(77) Félix Ermacora: *Allgemeine Staatslehre. Von Nationalstaat zum Weltstaat.* Vol. 2.º, Duncker & Humbolt, Berlín, 1970, págs. 69 y 71.

(78) Jellinek, *ob. cit.*, pág. 9 Cfr. la nota (2), pág. 11 donde se plantea la dificultad en distinguir lo político de lo social. Cfr. lo que dice en el prólogo de su trabajo aquí incluido "Reforma de la Constitución y mutación constitucional" pág. 3.

plenamente, observaciones políticas que les sirvan de complementos" (79).

A continuación, señala el maestro, el carácter dinámico del Estado a través de la historia, cuestión en la que insiste (80). *Así anticipa su visión dinámica del Derecho constitucional. En efecto: "Se trata de la determinación próxima de la forma de Estado, de las relaciones mutuas entre los órganos supremos del mismo o del influjo de las fuerzas históricas en la modificación de la Constitución de aquél, tenemos problemas que sólo pueden resolverse llegando al conocimiento de aquéllas fuerzas concretas que han formado precisamente tales instituciones.* Una proposición de Derecho político que formalmente no haya cambiado, puede no obstante, a causa de las fuerzas políticas, lograr que el contenido sea totalmente distinto *(subrayado de P. L. V.)* (81).

Según Jellinek: "Todo derecho debe contener la posibilidad de ser realizable, esto es, de devenir real; y lo que no puede llegar a alcanzar realidad, jamás debe ser objeto de la investigación jurídica" (82).

Por último, su amigo Windelband (83) *subrayó que los últimos principios de la construcción de Jellinek sobre el Derecho y el Estado los buscaba en los derechos originarios de la personalidad. Esta tesis —sigue Windelband— muestra su inclinación al liberalismo, aunque con gran penetración percibió los riesgos del parlamentarismo controlado por los partidos políticos* (84).

---

(79) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 12.

(80) Jellinek: *ob. cit.*, págs. 6-7; 12-13; 16 y 28.

(81) Jellinek: *ob. cit.*, págs. 12-13. Cfr. También pág. 14.

(82) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 13. Kelsen (*Teoría general del Estado* cit., pág. 105 critica esta posición de Jellinek y reproduce, en la pág. 442 notas y apéndices, algunos de los textos del maestro de Heidelberg que citamos) Jellinek corrobora su posición en la página 427 de su obra capital cuando dice que para "... comprender en su complejidad histórica la existencia del Estado, no basta el estudio aislado del Derecho político, sino que es necesario el estudio completo de la ciencia del Estado".

(83) Windelband: *ob. cit.*, en nota (7), pág. X.

(84) Su aportación a la teoría de los derechos públicos subjetivos, su

III. CONTRIBUCIÓN DE GEORG JELLINEK A LA TEORÍA DEL ESTADO

1. Significado de la Allgemeine Staatslehre jellikeniana

Cualquiera que sea la posición adoptada por la doctrina posterior respecto a la obra de nuestro autor, pese a las críticas que sus principales tesis suscitaron, los elogios fueron prácticamente unánimes. Kelsen, Schmitt y en nuestro tiempo Bauer, Böckenförde, Ermacora, Balladore, Pallieri (85) *lo corroboran. El profesor italiano dice que su* Allgemeine Staatslehre *ha influido, como acaso ninguna otra, hasta Kelsen, en la doctrina posterior y a ella se refieren, todavía, muchas opiniones corrientes y dominantes en la literatura jurídica.*

Ciertamente la Allgemeine Staatslehre *de Kelsen ha tenido más difusión en todo el mundo que la de Jellinek. También es verdad que el alcance iusfilosófico kelseniano es superior al de Jellinek. No es menos cierto que el teórico de la pureza metódica creó escuela que, con matices y a veces con inflexiones diversas desarrollaron hasta nuestros días el pensamiento del maestro. En cambio, el maestro de Heidelberg aunque su obra fue estimada por la doctrina no contó con incondicionales seguidores.*

Tanto Jellinek, como Kelsen, influyeron no sólo en el ámbito de la Teoría del Estado, además en el Derecho internacional y en el Derecho administrativo. Aquí también el influjo kelseniano fue más profundo y constante que el de Jellinek. A ello contribuyó la longevidad del creador de la teoría pura del Derecho y su estancia en Suiza y los EE.UU.

En definitiva, debemos a dos neokantianos el despliegue grandioso de la Teoría del Estado y del Derecho público hasta nuestros días. Mientras el neokantiano Jellinek no admitió la contraposición absoluta entre el ser y el deber ser, el neokantiano Kelsen sí lo hizo, aunque, poco a poco, fue matizando su tesis disyuntiva.

---

obra predilecta, corrobora, comparándola con las posiciones de Laband, el progreso en sentido liberal que su doctrina contiene.

(85) Balladore Pallieri: *ob. cit.*, pág. 49.

Conviene subrayar el carácter finisecular de la Allgemeine Staatslehre *jellikeniana. ¿Qué significa esto? Veamos.*

Jellinek recoge, sintetiza y a veces pormenoriza, el saber acumulado durante siglos de la doctrina europea, continental, británica, norteamericana y, como es lógico, de la germana sobre la ciencia del Estado y del Derecho político. Sin mengua de su capacidad, inteligencia y fantasía, aprovechó el rigor, seguridad, minuciosidad y laboriosidad de la Universidad guillermina, en una época —o como sugerimos antes— en que Alemania era consciente del orgullo de gran potencia. A su vez la obra de Kelsen también es deudora de esas calidades. Ello se percibe en sus Hauptprobleme, *que datan del mismo año en que murió Jellinek. En cambio, su principal producción posterior se inscribe en la Primera Postguerra Mundial y en los resultados de la derrota germana y luego en la conflictividad casi permanente de la República de Weimar. Conviene, no obstante, insistir en que la publicación de su Teoría del Estado acaece en una fase breve de relativa consolidación de la República.*

Mientras a Jellinek le tocó vivir un período de quietismo político en Alemania y en Europa, Kelsen pasó gran parte de su existencia en períodos turbulentos. La estirpe hebrea de los dos —insisto que sin connotación peyorativa— aclara, me parece, sus respectivos talantes que conectan con sus correspondientes obras. El hebreo Jellinek fue un germano inserto en un mundo sin riesgos. Fue un optimista escéptico con matices. El hebreo Kelsen, nacido en Praga, fue un cosmopolita errabundo a la fuerza. Mientras que el profesor de Heidelberg manifiesta, en sus escritos, alguna implicación con las realidades político-sociales de sus días, el fundador de la escuela de Viena por lo general propende a desentenderse de aquéllas en la medida que su teoría pura del Derecho, núcleo central de su pensamiento, por razones metodológicas que derivan de esa doctrina, se evade de la coyuntura. Es cierto que el "otro Kelsen" *emitió agudos juicios sobre el fascismo, el bolchevismo, sobre Lassalle, etc., pero el tono teórico de su obra tiende al escapismo.*

Son dos mundos distintos y dos personalidades diferentes a pesar de la comunidad de estirpe, del escepticismo ponderado

del primero del agnosticismo respecto al cristianismo y a la religión del segundo. Un mundo de preguerra relativamente confortable para un profesor admirado en Heidelberg y otro de entreguerras, incómodo para otro maestro admirado por unos y perseguido por el fanatismo nazi.

Si en 1900 el libro capital de Jellinek eclipsó a otras obras sobre la materia anteriores y coetáneas (Rehm, Richard Schmidt), en 1925 la Allgemeine Staatslehre, *de Kelsen, se convirtió en la última manifestación de una doctrina estatal clásica antes de la disolución de la democracia alemana. Si todo libro tiene su destino que le arrastra,* velis nolis, *la aportación de Jellinek parece haberse convertido en un punto de referencia erudito más o menos obligado. Por su parte, la de Kelsen también lo es tanto para su Escuela como para sus críticos, llegando a nuestros días. Esto es lo que sucede, en otro sentido, con la obra póstuma de Heller* (86), *una inteligente y sugestiva exposición escrita por otro trasterrado forzoso cuya prematura muerte dejó incompleta y, también, un vacío importante en la doctrina iuspolítica* (87).

2. La Zweiseitentheorie del Estado

Es obligado referirse a la tesis de Jellinek sobre las dos facetas del Estado, fruto de su dualismo metodológico y objeto de una acerada crítica de Kelsen.

En las páginas precedentes hemos recogido varias afirmaciones del maestro sobre los dos puntos de vista necesarios para

---

(86) Hermann Heller: *Teoría del Estado,* cit.,

(87) No es este el lugar para sintetizar la contribución germana a la teoría del Estado después de la Segunda Guerra Mundial, Nawiasky, Kriele, Ermacora y otros. Por otro lado, nunca me cansaré de aconsejar, como hago a mis discípulos y colaboradores, en revisitar a los clásicos alemanes, italianos y franceses. El conocimiento de éstos me parece insuficiente, pues he comprobado que se limitan para la elaboración de sus trabajos a escritos concretos, aislados de las obras principales, o a lo sumo a las páginas que según ellos sólo interesan. Me parece que, a parte del valor puntual que tengan aquellos trabajos, adolecen de una carencia de perspectiva teórica y metodológica que a veces pueden ser graves.

enfocar, debidamente, el estudio del Estado: la doctrina general social del Estado y la teoría general del Derecho político. A estas dos partes distintas, pero interdependientes, dedica, respectivamente, el libro segundo (88) *y el libro tercero* (89) *de su obra principal.*

Jellinek nos aclara, casi al inicio de su obra, en qué consiste este dualismo (90). *"La doctrina general del Estado ha de investigar a éste en su plenitud y singularmente atendiendo a dos órdenes principales de fenómenos que corresponden a los dos puntos de vista básicos para esta ciencia, el Estado es, de un lado, una construcción social y, de otro, una institución jurídica. Conforme a esto, divídese la doctrina del Estado en* doctrina social *y* doctrina jurídica del Estado. *Por consiguiente, la doctrina general del Estado abarca dos puntos: la doctrina general sociológica del Estado* (Allgemeine Soziallehre des Staates) *y la doctrina general del Derecho político* (Allgemeine Staatsrechtslehre). *Esta última, o sea, el conocimiento de la naturaleza jurídica del Estado y de los conceptos fundamentales del Derecho político es, pues, tan sólo una parte de la doctrina general del Estado".*

Nuestro autor advierte que no debe confundirse el elemento jurídico de esta investigación y lo que no entra dentro del Derecho. Aclarando esto añade que es un error funesto sostener que la única explicación exacta del Estado es la sociológica, la histórica, la política, la no jurídica; o la opinión contraria: "... que sólo el jurista puede, descifrar, mediante sus métodos, los enigmas que están enlazados con la vida del Estado". La identificación de la ciencia del Estado con la doctrina jurídica del mismo es —a su juicio— uno de los mayores errores de la escuela del Derecho natural. "Hoy no hay un jurista que tenga por jurídicos todos los fenómenos de la vida del Estado, todos coinciden, por lo menos, en reconocer la oposición relativa entre lo político y lo jurídico".

Para investigar con fruto el problema jurídico del Estado es

(88) Jellinek: *ob. cit.*, págs. 95 y ss.
(89) Jellinek: *ob. cit.*, págs. 287 y ss.
(90) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 8.

del mayor interés conocer el enlace de la doctrina social con la doctrina jurídica del mismo (91).

Varias cuestiones brotan, a mi juicio, de este dualismo metódico. En primer lugar, el alcance didáctico de esta dicotomía. Quiero decir que Jellinek, mediante la Zweiseitentheorie, *reduce considerablemente la amalgama y hasta yuxtaposición de elementos jurídicos, sociológicos, políticos y filosóficos de los autores que le precedieron en sus estudios sobre el Estado.*

Por otro lado, este dualismo fue alabado por Lask, ilustre iusfilósofo (92), *señalando que a él se adhirieron Kistiakowski, Hold von Fernek y otros que insistieron en distinguir entre Jurisprudencia y Teoría social del Derecho. El mismo Lask* (93) *advirtió que Jellinek intentó aplicar las observaciones de Sigwart sobre principios teleológicos contrarios para una crítica del discernimiento jurídico. Por último, nos dice que nuestro autor, junto con Lasson* (94), *observaron que las relaciones vitales ofrecen ya un material típicamente formado, preparado, por lo tanto, para la normación jurídica.*

Esta apreciación de Lasson, confirma, a nuestro juicio, la conexión de la teoría de las dos facetas del Estado con la tesis jellikeniana de la fuerza normativa de lo fáctico y, por añadidura, con la relativización de la disyunción entre el ser y el deber ser.

Además, no hay que olvidar el ingrediente psicosocial que anima a la teoría de Jellinek, pues a su juicio la formación del Derecho y la validez de la ley estriban en hechos sociopsicológicos (95).

Otro asunto consiste en rastrear los autores que más han influido sobre el maestro en cada una de las facetas en que divide su Teoría general del Estado.

Es notorio el influjo de Gierke en la doctrina social del

(91) Jellinek: *ob. cit.,* pág. 9.

(92) Emile Lask: *Filosofía jurídica* (trad. de Roberto Goldschmitt. Prólogo de Enrique Martínez Paz), Editorial Depalma, Buenos Aires, pág. 62.

(93) Lask: *ob. cit.,* pág. 70.

(94) Lask: *ob. cit.,* pág. 83.

(95) Como dice Hollerbach, la cit., pág. 325.

Estado, en menor medida la de su amigo Max Weber, amén de filósofos e historiadores.

Más imprecisión se da respecto a las fuentes doctrinales de la doctrina jurídica del Estado. Aquí sus críticas a Rehm, Richard Schmidt y otros son frecuentes. Parece moverse con mayor autonomía en este sector.

Según Jellinek a cada una de las facetas estatales corresponde un concepto de Estado. Así, desde el enfoque sociológico, el Estado es una asociación *de hombres asentados en un territorio, dotado de poder originario de mando.*

En cambio, desde el punto de vista jurídico, el Estado es una corporación *de un pueblo asentado en un territorio; es una corporación territorial dotada de poder originario de mando.*

El concepto sociológico de Estado se basa en realidad, en el sein, *en los procesos psicológicos interhumanos. En el mundo de las realidades sociales —advierte Balladore Pallieri— comentando a nuestro autor se dan intercambios de promesas, acuerdos o desacuerdos entre los hombres pero no obligaciones, allí existen cosas, no derechos reales, hombres, no sujetos de derechos, etcétera.*

El mundo del Derecho no es el mundo del sein *sino del* sollen, *de suerte que los conceptos jurídicos son meras abstracciones que se infieren del modo con que se disponen las reglas jurídicas. Empero, tales abstracciones, no ficciones, conectan con un substrato real, constituyen la reflexión y traducción, en términos jurídicos, de hechos tomados de la vida real. Aunque el Estado de la sociología no es el Estado del Derecho, este último lo presupone y no puede entenderse sin el primero* (96). *Pese a lo anterior, Balladore* (96 bis) *encuentra varias confusiones entre los dos conceptos del Estado, el de hecho y el de Derecho que maneja Jellinek. En efecto, el profesor alemán define al Estado, en su vertiente sociológica, como poder originario,* de mando. *Ahora bien el concepto de poder originario es eminentemente jurídico, presupone la existencia del Derecho, pues no existen poderes o fuerzas originarias o derivadas. La origina-*

(96) Balladore Pallieri: *ob. cit.*, pág. 50.

(96 bis) Balladore Pallieri: *ob. cit.*, pág. 55. En efecto, Gierke escribió

riedad es un concepto jurídico que indica que aquél que tiene el poder lo ostenta a título originario, no derivado o delegado o concedido por otros.

Por otro lado, es erróneo hablar del Estado, en su faceta jurídica, como ente investido de una fuerza *porque en el Derecho —sigue Balladore— no hay fuerzas, sino poderes, potestades, facultades.*

Estamos, pues, ante un dualismo metodológico que rechazará Kelsen de modo que dos neokantianos mantendrán puntos de vista contrarios: Mientras que el neokantiano Jellinek sostiene una teoría del Estado dualista, el neokantiano Kelsen defenderá una doctrina monista. En tanto que el primero no es riguroso con su dirección metódica puesto que yuxtapone criterios jurídicos con sociológicos, el segundo evaporará el Estado merced a su mathesis *lógico-trascendental. Jellinek superpone la doctrina sociológica y la doctrina jurídica del Estado según una línea no siempre coherente* (97). *Kelsen sustituirá la doctrina general del Estado por la teoría general del Derecho* (98).

3. La Tipologia socioestatal de Jellinek

Una de las aportaciones características de nuestro autor a la Teoría del Estado, es, precisamente su investigación sobre los tipos en las ciencias sociales. Varias cuestiones surgen sobre este asunto que brevemente intentaremos aclarar.

---

que el Estado no es sólo un organismo jurídico, sino un organismo social natural y ético espiritual, cuyo orden de existencia es orden jurídico, pero no sólo orden jurídico. *Labands Staatsrecht...*, citado, pág. 1149.

(97) Hans Nawiasky sostiene una visión tripartita del Estado. A la doctrina sociológica y a la doctrina jurídica del Estado añade la teoría ideológica del mismo. Cfr. *Allgemeine Staatslehre. Erster Teile. Grundlehre,* Verlagsantalt Beugizer & Co, A. G. Einsiedeln/Köln, 1945.

Acaso la raíz de esta posición deriva de Otto von Gierke cuando en su escrito: *Labands Staatsrecht*, cit., afirma que el Estado no sólo es un organismo jurídico, además un organismo social natural y ético-espiritual cuyo orden existencial es orden jurídico, pero no sólo esto, pág. 1149.

(98) La afirmación de Jellinek, *ob. cit.*, pág. 55: "Los métodos son

En primer lugar, conviene decir algo sobre la anticipación de Jellinek en este punto respecto la tipología establecida también por su amigo Max Weber. No se trata, en absoluto, de minimizar, en este punto, la aportación weberiana, sino de señalar la diferencia que media entre los tipos establecidos por Jellinek para analizar el Estado y los aplicados por Weber en la Sociología.

Acertadamente Herrero de Miñón (99) *dice que la formulación de Jellinek de los tipos es anterior a la de Max Weber. Los tipos empíricos del primero se diferencian de los tipos ideales del segundo, porque aquéllos engarzan con la jurisprudencia de conceptos. Jellinek afirma que "los conceptos jurídicos no son esencias trascendentales reflejadas aquí de manera incompleta, sino tipos contenidos en circunstancias vitales, carentes permanentemente de lógica. Por eso, no es la mejor doctrina de Derecho público aquélla que ofrece mayor perfección lógica, sino la que explica la realidad política de manera más natural"* (100).

En segundo lugar, la doctrina jellikeniana de los tipos guarda relación con la generalidad de su Teoría del Estado (Allgemeine Staatslehre) *y presenta el flanco a las críticas que, a partir de Heller, se esgrimieron contra tal generalidad concebida como abstracción alejada de la realidad.*

Para aquilatar el posible reproche a la aportación de nuestro autor (101) *calificándola de abstracción generalizadora,*

---

determinados y modificados por la naturaleza peculiar del objeto a que se aplican", es inaceptable para Kelsen ya que éste parte de la tesis de su maestro, Cohen: el método crea el objeto de conocimiento. Del mismo modo choca con la posición del maestro praguense esta otra tesis jellikeniana: "... es igualmente falso, de otra parte, hablar como si sólo existiese para la ciencia del Estado el método jurídico, siendo así que en éste se explica un aspecto del Estado, pero no la totalidad del mismo. El jurista con su método explica y comprende la parte del Estado que cae dentro del Derecho, pero no más" *(Ibídem).*

(99) Miguel Herrero de Miñón: Introducción al escrito de Jellinek: *Fragmentos del Estado* (trad. Michael Forster, Miguel Herrero de Miñón y José Carlos Esteban), Editorial Civitas, Madrid, 1978, págs. 22-23.

(100) Jellinek: *Fragmentos de Estado,* cit., pág. 54.

(101) La erudición histórica de Jellinek, alabada por los autores

es suficiente subrayar las frecuentes referencias que hace a la irrepetibilidad y diferenciación de los individuos humanos que determina en ellas su dirección social (102). *Claro está —nos advierte— que a pesar de la inmensa variedad de las individualidades humanas, esta no es tan grande que impida hallar ciertas semejanzas en sus formas psíquicas, de modo que junto a elementos individuales encontramos carácteres comunes; si estos faltasen no cabría afirmar nada firme sobre las cosas humanas. Dentro, pues, de esas variedades hay algo permanente e independiente de las particularidades individuales. "En los fenómenos de orden natural el interés que prevalece para el científico es el de los elementos idénticos: pero en los fenómenos sociales no existe lo idéntico, sino lo análogo"* (103). *Es una observación justísima la del jurista romano Javoleno que en Derecho civil toda definición es peligrosa y ello vale también para las ciencias sociales, porque la complejidad de la vida no se deja aprisionar en moldes estrechos, y si se da a estos gran flexibilidad entonces o resultan banales y sin valor científico o tan falsos que una crítica superficial puede fácilmente destruirlos* (104).

Jellinek, censuró la creencia de los juristas respecto a que sus consideraciones sobre las relaciones vitales son las únicas justas. Estos juristas no son hombres de ciencia en el sentido pleno de la palabra, ya que toda construcción y modificación del Derecho procede primariamente de lo que hay antes y detrás

---

contemporáneos y posteriores, se muestra en este paso relativo a la *invención por Huber, del nombre "Derecho político".* De *civitatis libri tres novam iuris publici universalis disciplinam continentes, ed. quarta,* 1708 (ed. príncceps, 1672), esfuérzase por separar el Estado de la política. Huber no es el fundador de la doctrina, pero sí del nombre *Teoría general del Estado,* que habrá de ser después con este nombre objeto de infinidad de trabajos; esta disciplina fue fundada sobre el Derecho natural y la experiencia histórica; está más próxima, por lo tanto de la realidad que la doctrina del Derecho privado en el Derecho natural, la cual carecía de un Aristóteles que le pudiese servir de modelo (*Teoría general del Estado,* pág. 43).

(102) Jellinek: *Teoría general del Estado,* pág. 22.

(103) Jellinek: *ob. cit.,* pág. 22.

(104) Jellinek: *ob. cit.,* pág. 23.

del Derecho, de lo que lo condiciona (105). *Aquí se percibe el eco del* segundo Ihering *con su acerada crítica de la jurisprudencia conceptual. Esto se corrobora en lo que dice, seguidamente, sobre el individualismo de las disposiciones jurídicas. "Mientras más general es una proposición jurídica, más excepciones a sí misma ha de admitir y tanto menos puede afirmarse con certeza que se confirmará en tal o cual caso particular. Todo ensayo de generalización en el Derecho tropieza en el escollo de los elementos individuales"* (106).

A mayor abundamiento, el maestro reitera el carácter dinámico del Estado sumergido en el fluir de la historia (107) *que cambia esencialmente en sus carácteres a diferencia de lo que sucede con las cosas de la Naturaleza* (108) *de modo que los tipos "... están puestos dentro del fluir de los hechos históricos, ellos varían según las circunstancias históricas particulares, se complican y se subdividen en especies y subespecies, si bien cabe mostrar dos clases de tipos en la vida estatal: uno el evolutivo, otro el permanente, el quiescente* (109).

En consecuencia, ese reproche que Heller, y otros, hicieron a la Teoría del Estado concebida como doctrina general, puede, justamente hacerse a algunos contemporáneos de Jellinek y sobre todo a la aportación general de Kelsen pero no a la de Jellinek. Esto último se corrobora si recordamos este texto suyo: "Una segunda limitación ponemos a nuestro problema, ya que vamos a concretar nuestras investigaciones al estudio de los Estados modernos occidentales y hemos de circunscribir el examen de su pasado a aquello que nos sea necesario para la comparación de lo actual" (110).

Sintetizando: el psicologismo de nuestro autor, su manejo constante de los datos del Derecho comparado, confirman que su tipología estatal es completamente ajena a una abstracción

(105) Jellinek: *ob. cit., ibídem.*
(106) Jellinek: *ob. cit.,* pág. 24.
(107) Jellinek: *ob. cit.,* págs. 24-25.
(108) Jellinek: *ob. cit.,* pág. 6.
(109) Jellinek: *ob. cit.,* págs. 28-29.
(110) Jellinek: *ob. cit.,* pág. 16. La última afirmación de esta cita co-

antihistórica e irreal. El dinamismo que percibe en el fenómeno estatal y en el Derecho le servirá de apoyo para su configuración de la dinámica constitucional.

Explicado lo anterior la pregunta que se plantea versa sobre el:

a) Concepto de tipo. Clases (111)

El autor comienza afirmando que el tipo es la expresión de la más perfecta esencia del género. Según un enfoque platónico se puede representar como la idea que vive en el más allá que se realiza imperfectamente en el individuo o concebírsele siguiendo a Aristóteles como fuerza activa que crea y configura a los ejemplares individuales de un género. El tipo ideal *duró ininterrumpidamente, desde Grecia, pasando por la escolástica medieval, hasta nuestros días. El tipo ideal tiene valor esencialmente teleológico, pugna por realizar todos los fenómenos humanos; no es algo que* es; *sino que* debe ser. *Por eso, es medida de valor de lo dado. Lo que le es conforme es bueno. Conviene distinguirlo de los tipos ideales fruto de la fantasía o utopías políticas. El autor subraya que los tipos ideales de Estado son originariamente manifestaciones profundas de las más hondas luchas políticas de una época y de sus partidos como demuestra la literatura política. Estos tipos ideales* no son objeto del saber, sino del creer. *Por ello, el doctrinarismo político se asemeja al fanatismo religioso.*

Frente al tipo ideal aparece el tipo empírico *que se obtiene mediante la comparación. Se distingue del tipo ideal porque el empírico no surge de la exigencia que expresa un ser objetivo que transciende la experiencia. Intenta unificar las notas que se dan entre los fenómenos. Depende del punto de vista del*

necta con la amplia exposición que traza de los tipos históricos fundamentales de Estados (págs. 214-248). Aquí revela su portentoso saber histórico y subraya el cambio permanente del Estado en sus diversas normas. Cabe sólo objetar el empleo anacrónico del término Estado al antiguo oriente, al mundo clásico heleno, al romano y a la Edad Media.

(111) Resume las opiniones de Jellinek desarrolladas en las págs. 25 y ss.

investigador. El tipo empírico ordena la variedad fenoménica extrayendo de ella lo que le es común lógicamente. Este tipo es una abstracción que se perfecciona en la mente del investigador y que aparece perfeccionado permaneciendo como real frente a la polaridad indefinida de los fenómenos. Considerando situaciones sociales análogas, desarrollo histórico análogo y condiciones exteriores semejantes, aquellas producen formaciones políticas semejantes. Mediante la fuerza de las relaciones históricas que enlaza a los Estados que conviven en una comunión cultural, aparecen elementos típicos junto a los individuales, transformándose a medida de éstos.

b) Tipos y método comparado

Los tipos empíricos se obtienen mediante la inducción; es decir a través de la comparación. Ahora bien, hay que comparar con cautela no llevándose esta tarea demasiado lejos para no descuidar los elementos individuales. No olvidando que acaso los resultados obtenidos pudieran haber sido distintos en otras circunstancias. Por ello, la comparación debe limitarse a aquellos Estados que cuentan con un fondo histórico común, sin olvidar sus transformaciones. Por consiguiente, la representación de un Estado típico se basa en la comparación entre formaciones estatales de una misma época, o que han vivido con escasa diferencia de tiempo (112).

Caben desviaciones del tipo obtenido, tipos patológicos, *merced a elementos que individualizan cada fenómeno particular. Esto es consustancial al tipo empírico que se obtiene extrayendo notas comunes que se ofrecen en una gran variedad de casos particulares. Pese a tales posibles desviaciones de contradicciones parciales, hay que observar que se trata, precisamente, de tipos empíricos y no ideales.*

c) Carácter teleológico

Los tipos empíricos satisfacen la necesidad sintética de resolver, unitariamente, la pluralidad de fenómenos estable-

(112) Observación que parece no cuadra con su investigación sobre el "Estado" oriental, griego, romano, medieval.

ciendo claridad y unidad en la variedad. Además comprenden en sus fundamentos el fenómeno particular colocándolo en el orden total del proceso social.

d) Carácter heurístico

En la práctica, el tipo aparece como principio heurístico, es decir, pueden obtenerse de él, con grandes probabilidades, ciertas consecuencias aplicables a fenómenos particulares en la vida estatal. Las formaciones que responden a un tipo semejante se desenvolverán, en el futuro, de modo análogo.

e) Los tipos y las dos facetas de Estado

Los tipos, conforme a los cuales estudia la Teoría de Estado, coinciden con las dos vertientes científicas que consideran al Estado: la histórica-social y la jurídica.

Para la investigación de una y otra se requieren métodos diferentes. En la primera se emplean los métodos histórico-sociales; en la segunda, el método jurídico. No es menester insistir en que esta separación deriva del neokantismo: separación entre el sein *y el* sollen.

A mi juicio, la tipología jellikeniana que hemos sintetizado, manifiesta un considerable esfuerzo en su aplicación a la Teoría del Estado. Sin embargo, no consiguió resultados importantes como la mantenida por su amigo Max Weber. ¿Por qué?

Ante todo porque nuestro autor no la aplicó coherentemente a lo largo de su libro principal. Salvo en el capítulo dedicado a los tipos históricos del Estado, que parece más bien una documentada exposición histórica, difícilmente comprobaremos que utilice su tipología en el resto de sus obras. Los tipos empíricos se sobreentienden anegados por el caudal de datos históricos y las referencias al Derecho comparado. Esto ocurre con su tratamiento de la Constitución, de los órganos del Estado, con las funciones del Estado donde dedica varias páginas a la historia de las funciones (113) *y con las estructura del Estado. Es cierto que al estudiar las formas estatales, después de criticar algunas de las divisiones de los Estados*

(113) Jellinek: *ob. cit.*, págs. 450 y ss.

que no tienen en cuenta el poder estatal como elemento esencial para una clasificación de las formas estatales, escribió: "Es preciso, pues, renunciar a una división que nos dé a conocer, mediante notas generales y con un carácter de seguridad, el proceso general de la vida del Estado. Pero los Estados nos ofrecen en sus fenómenos históricos tipos permanentes *(subrayado de P. L. V.). Hay en los Estados relaciones constantes que perduran a través de todo cambio de sus peculiaridades; tales son las relaciones formales de voluntad sobre la que descansa el poder del Estado y sus relaciones con los miembros de éste"* (114).

También en el capítulo dedicado a las Uniones de Estado aparece la función identificadora y clasificadora de sus tipos empíricos. En efecto, allí nos dice (115): *"Tal vez no haya parte alguna del Derecho público en el que se muestren de un modo más acentuado las consecuencias de juzgar de lo real según un tipo ideal abstracto. Por esto es necesario, cuando se trata de esta doctrina, penetrar de un modo enérgico, mediante una investigación inductiva, en el material histórico político de la realidad; y poner los tipos empíricos sacados de la vida en lugar de aquéllos conceptos generales".*

No obstante, a pesar de esta referencia, me parece que Jellinek no pudo, o no quiso, extraer de su tipología estatal consecuencias relevantes, de modo que sin mengua de su carácter significativo en la medida que manifiesta el propósito metodológico del autor, los tipos empíricos son un añadido encaminado a matizar la generalidad o abstracción de su doctrina estatal. Dicho de otro modo: los tipos empíricos compensan por su concreción, la Allgemeine Staatslehre *jellikeniana* (115 bis).

4. La tesis de la autolimitación del Estado

Jellinek desarrolla esta cuestión en el capítulo 11 del libro segundo (pág. 274) cuando se plantea la obligación del Esta-

(114) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 503.
(115) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 555.
(115 bis) Rudolf Smend: *Constitución y Derecho constitucional* (trad.

do respecto a su Derecho. Según él, acompaña a todo principio jurídico la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo. Ello es una garantía para los sometidos al Derecho.

El Estado se obliga a sí mismo en el acto de crear un Derecho respecto a sus súbditos, cualquiera que sea el modo como el Derecho nazca, a aplicarlo y a mantenerlo (116).

Para Jellinek (117) *la convicción de que el Estado está obligado por su Derecho tiene profundas raíces psicosociales. Su fundamento último estriba en la convicción inmediata de la obligatoriedad de su fuerza determinante y normativa. El Derecho se caracteriza porque sus normas regulan el comportamiento recíproco exterior de los hombres; sus normas son dictadas por una autoridad exterior reconocida y, por último, su obligatoriedad la garantiza una fuerza externa.*

Son características formales que no incluyen elementos objetivos, según apunta Balladore (118). *Sin embargo, no compartimos el juicio del maestro de Milán cuando añade que la norma, según Jellinek, no corresponde a las exigencias íntimas o a las convicciones de un pueblo, puesto que Jellinek aclara que el fundamento del Derecho descansa en una convicción condicionada por la situación general de cultura de un pueblo, "... de lo cual depende el que la exigencia de la conservación de algo en norma llegue a poseer este carácter en un momento dado"* (119).

A mayor abundamiento en un trabajo anterior (120) *explicó que mediante la autolimitación* (Selbstbeschränkung) *del Estado, éste da a su voluntad un contenido concreto vinculatorio. Establece formas para su organización y delimita el campo*

de José María Beneyto), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 198?, pág. 44, nota 2, dice que "el planteamiento de Jellinek en torno a los 'tipos' carece de fundamentación gnoseológica y de operatividad".

(116) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 276.

(117) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 277.

(118) Balladore Pallieri: *ob. cit.*, pág. 51.

(119) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 277.

(120) Jellinek: *Gesetz und Verordnung*, 1987. Freiburg, 1887, pág. 199.

de la actividad privada sometiéndola en muchos casos al Derecho público; reconoce la personalidad de los Estados extranjeros, obligando a su voluntad mediante un ordenamiento jurídico internacional. Merced a la fuerza de la autolimitación la fuerza física se eleva a una dimensión moral, la voluntad de un poder ilimitado deja sitio a una personalidad jurídica limitada, de suerte que se impone dentro y fuera del Estado.

Nuestro autor insiste al señalar que casi todos los contrarios a su teoría olvidan que para fundamentar el Derecho público hay que transmitir los principios básicos de la ética moderna, la autonomía moral al Estado, de modo que su rechazo no sólo destruiría al Estado, sino también a la ética, de modo que se llegaría a un nihilismo que impide la ciencia y la convivencia humanas.

Hay, pues, un aliento moral en la tesis de la autolimitación del Estado, junto a sus raíces psicosociales que conectan con la exigencia de un minimun *para posibilitar la convivencia conforme al Derecho.*

El maestro de Heidelberg indica el papel decisivo que la autobligación del Estado desempeña en la formación del constitucionalismo moderno. En efecto, no sólo intenta contener la omnipotencia estatal fijando normas para manifestar su voluntad, además la frena muy especialmente para el reconocimiento de los derechos individuales garantizados. "Esta garantía aclara —con criterio muy actual— consiste en otorgar a los derechos protegidos el carácter inmutable". Siempre, y hoy aún más, han existido en el Derecho de los pueblos cultos algunos puntos fundamentales que han sido sustraídos al arbitrio del legislador (121). *Estas consideraciones sobre los derechos individuales reenvían a su monografía sobre los derechos públicos subjetivos, obra predilecta de Jellinek, cuyo análisis ahorramos*

(121) Jellinek: *Teoría general del Estado,* cit., pág. 279. Termina este capítulo señalando que con la autolimitación del Estado es posible fundamentar —y específicamente— mediante el reconocimiento de esos principios o elementos constantes la posibilidad de los deberes del Estado (pág. 280).

al lector y donde se refiere también a su doctrina sobre la autolimitación del Estado (122).

La doctrina de la autolimitación del Estado fue enseguida criticada. Así para Nelson venía a ser una tautología y juego de palabras. Para Kelsen y Duguit la autobligación estatal depende del capricho del Estado. Su aplicación al Derecho internacional le convierte en un simple Derecho estatal externo (äusseres Staatsrecht) *advierte Truyol* (123). *Para el jurista yugoeslavo Lukic* (124) *estamos ante un concepto sin sentido.*

5. Raíces teológicas de la doctrina de la autolimitación del Estado

La teoría jellikeniana de la autolimitación estatal encuentra sus raíces en la teología judeo-cristiana. Kelsen (125) *dedicó unas páginas de su Teoría General del Estado, a la comparación entre la autolimitación estatal y la encarnación de Dios. En obras anteriores expuso las relaciones entre la Teología y la Teoría del Estado* (126). *No es una posición aislada, puesto que otros autores contemporáneos, como Schmitt, tocaron la cuestión* (127).

No deja de sorprender que en una época de escepticismo y secularización, relevantes maestros de la Teoría del Estado y del Derecho público utilizasen analogías y remitiesen sus argumentaciones a criterios y lugares teológicos. Hay que subrayar que no se trata, en los autores antes citados, de meras incursio-

(122) Jellinek: *Sistema dei diritti Pubblici subiettivi*, cit., págs. 214 y ss.

(123) Antonio Truyol Serra: *Fundamentos del Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1970, pág. 57.

(124) Radomir Lukic: *Théorie de l'Etat et du Droit*, Dalloz, París, 1974, pág. 203. Esta doctrina carece de sentido, puesto que una autolimitación no es una limitación. La afirmación de Lukic me parece discutible.

(125) Kelsen: *Teoría general del Estado*, cit., págs. 100 y ss.

(126) Remito a mi trabajo: "El orden normativista puro...", cit.

(127) Cfr. Pablo Lucas Verdú: "Carl Schmitt, intérprete singular...", cit. *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 38 y ss.

nes eruditas o escapismos literarios, sino de observaciones pertinentes que se extienden a la dogmática constitucional de suerte que cabe, justamente, hablar de lugares o tópicos significativos que si, por un lado, ayudan a comprender mejor la personalidad de aquéllos autores, por otro dotan a sus escritos de cierta profundidad (128).

Ante todo, conviene indicar la fascinación que ejerció tanto en Jellinek como en Kelsen la cultura político-religiosa judeo-cristiana. Recordemos la estirpe hebrea de ambos autores, su agnosticismo y el respeto —incluso atracción— que sobre ellos suscitó el cristianismo y en particular la persona de Jesús (129).

Por eso, no es de extrañar que sus convicciones ante el hecho religioso repercutan, en alguna medida, en sus doctrinas jurídico-políticas. Pensemos en el impacto de la teología en el pensamiento de Jean Bodin (130) *para fundamentar su concepto de la soberanía en circunstancias críticas.*

Es frecuente que intelectuales agnósticos se preocupen del hecho religioso. Su talante les impulsa a escudriñar, con curiosidad intelectual, los arcana *de la cultura occidental, intensamente impregnada por las posiciones y luchas religiosas y antirreligiosas. La exposición jellikeniana, por ejemplo, de la historia de la soberanía lo demuestra. Los agnósticos y los escépticos, en contra de lo que pudiera imaginarse, muestran*

---

(128) Recientemente Doménico Farias: *Interpretazione e logica,* Giuffrè, Milano, 1990 *(Interpretazione e Storia nella storia* della *Teología,* págs. 278 y ss).

(129) Leo en el artículo *Georg Jellinek,* de la *Encyclopedia Britannica,* vol. 6, Chicago, 1988, pág. 540, que nuestro autor se convirtió al cristianismo. No es menester recordar el particular catolicismo de Schmitt y el fervoroso protestantismo de Rudolf Smend. Me parece obvio que es interesante conocer la concepción del mundo y de la vida, las creencias religiosas o agnósticas de los autores relevantes de la Teoría del Estado y de la Constitución, para comprender mejor sus personalidades y obras, así como sus respectivas reacciones ante los acontecimientos político-sociales de su entorno.

(130) Cfr. Enrique Tierno Galván: *Los supuestos escotistas en la teoría política de Jean Bodin,* Universidad de Murcia, 1951.

una actitud respetuosa ante las creencias religiosas a veces mayor que la adoptada por los profesionales de la religión. Claro está que es una posición intelectual y no una aceptación del dogma y de la fe de los credos religiosos. En este sentido, estudian tales dogmas y creencias en el plano cultural para comprender el Derecho y el Estado en cuanto resultados de una Weltanschauung *con raíces cristianas que se ha secularizado.*

El dato que Jellinek, Kelsen, Schmitt y Smend recurriesen a elementos teológicos judeo-cristianos no es una frivolidad ni una casualidad. En el caso del maestro de Heidelberg, en una época de secularización y de culto al gran desarrollo de las ciencias naturales finiseculares, ello se debe al importante fondo ético del autor, a su consideración eminente de la individualidad humana. A los tres últimos les afectó la crisis y derrumbe de la república de Weimar. Mientras el creador de la Teoría pura del Derecho adoptó la solución escapista y Schmitt la manipulación de ciertas posiciones católicas, a Smend le confortaron sus convicciones evangélicas.

Con la doctrina de la autolimitación estatal pensó Jellinek que el individuo, en cuanto ciudadano, podría resguardar sus derechos subjetivos respecto al Estado guillermino, en el fondo frente al Kaiserreich, *mejor que con la posición del positivismo legalista de Laband. En definitiva, si en contra del positivismo legalista labandiano, como hemos visto, los derechos individuales son inmutables; si mediante la aprobación por la convicción popular los hechos sociales se convierten en normas jurídicas; si el constitucionalismo moderno pretende contener la omnipotencia estatal, si para limitar al Estado es menester respetar la autonomía moral; si el* minimun *ético, que cimenta al Derecho, es un trasunto del Decálogo, entonces las raíces teológicas judeo-cristianas de varios de los supuestos jurídico-políticos de nuestro autor parecen evidentes.*

Kelsen tras afirmar que es conveniente ilustrar, críticamente, los procedimientos de la teología para aclarar muchos problemas de la Teoría del Estado, describe la analogía entre la doctrina de la autolimitación del Estado y el dogma de la Encarnación del Verbo Divino: "Cuando por oposición al

panteísmo acentúa insistentemente la teología la trascendencia de Dios frente al mundo, tropieza con la misma dificultad que la teoría política al afirmar la naturaleza metajurídica del Estado. En ambos casos la dificultad y aun la imposibilidad de la situación, considerada desde el punto de vista epistemológico, consiste en que dentro de una y la misma esfera del conocimiento aparecen dos sistemas distintos, independientes uno de otro: Dios y mundo, Estado y Derecho, siendo así que la tendencia fundamental de todo conocimiento es conseguir la unidad sistemática" (131).

Valiéndose de la comparación entre la autolimitación estatal y la Encarnación del Verbo Divino, Kelsen argumenta que: "En cuanto Dios-Hombre, Dios renuncia a su omnipotencia. El acaecer universal no se dirige ya por su voluntad, sino que a la inversa, Dios-Hijo se impone el deber de obediencia para con el Dios-Padre. Esta teoría de la Encarnación del Verbo Divino es aceptada en la teología desde el punto de vista de la "autolimitación" o "autobligación" de Dios como expresamente se la llama. El pendant *de esta doctrina representa la teoría de la autolimitación del Estado, ya expuesto, que constituye la médula de la teoría política tradicional"* (132). *Seguidamente, Kelsen esgrime una serie de objeciones frente a la doctrina de la autolimitación estatal, reparos que a nuestro entender ya se plantearon, teológicamente, en las disputas, entre los voluntaristas (Duns Scoto, Guillermo de Ockham) e intelectualistas (Santo Tomás de Aquino y la Escuela de Salamanca) acerca del constitutivo formal de la ley.*

Importa subrayar que el recurso kelseniano a las comparaciones entre los conceptos de la Teoría del Estado y los dogmas de la teología cristiana, se explica antes que por un prurito de erudición, a su constante preocupación en purificar el Derecho, que identifica con el Estado, evitando cualquier contaminación metajurídica. En este sentido, cabe deducir, de estos textos, que a su entender la doctrina de la autolimitación estatal es una afirmación metajurídica, es una secularización

(131) Kelsen: *Teoría general del Estado,* cit., págs. 100-101.
(132) Kelsen: *ob. cit.,* págs. 101-102.

de un dogma religioso que sólo interesa al conocimiento jurídico en la medida que sirva para denunciar y evitar una inconveniente, rechazable, desde el punto de vista científico, teologización del Derecho del Estado. La argumentación kelseniana resulta eficaz: Derecho y teología son disciplinas distintas. El primero debe purificarse de elementos extrajurídicos; la teología, asunto de fe, muestra ejemplos análogos a ciertas teorizaciones jurídicas. Estas manifiestan contradicciones incomprensibles científicamente, si se reproducen en el ámbito jurídico-estatal tales contraposiciones; siguen sin explicarse en términos científicos y, además, incurren en la transposición de cuestiones teológico-religiosas al campo jurídico contaminándolo (133).

La pureza metódica, cosa notoria es, el Leit motiv kelseniano. Es significativo que en el prólogo de su "Teoría general del Estado" coloca, como lema este texto de Goethe (134): *"En el arte y en la ciencia, como en los actos humanos, lo que más importa es percibir los objetos* puramente, *y tratarlos de acuerdo con su "naturaleza". En cambio, el* impuro *Jellinek —si aplicamos contundentemente el enfoque kelseniano— sostiene* (135), *después de precisar que no debe confundirse el elemento jurídico y lo que no entra dentro del Derecho, que "Una vez comprendida esta distinción y el enlace entre ambos órdenes de fenómenos cuyo conjunto constituye la doctrina del Estado, desaparece un error fecundo en consecuencia, a saber: que la única explicación justa, exacta, del Estado es la sociológica, la histórica, la política; en una palabra, la no jurídica, o la opinión opuesta; que sólo el jurista puede descifrar, mediante sus métodos de trabajo, los enigmas que están enlazados con la vida del Estado".*

Nos encontramos ante dos juristas, de estirpe hebrea, que

---

(133) Kelsen: *ob. cit.*, págs. 103 y ss., expone la analogía entre el problema de la teodicea y la llamada ilegalidad del Estado. Aquí no vemos que distinga entre teodicea y teología. Utiliza, indistintamente los dos conceptos.

(134) Kelsen, *ob. cit.*, prólogo, pág. VII.

(135) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 9.

adoptan posturas contrapuestas: uno, Kelsen, agnóstico, que, sin embargo, analógicamente parece que se ajusta al mandato de la pureza bíblica (no cometerás actos impuros; no adorarás a dioses falsos). Por consiguiente, pureza monista, ¿monoteísta? No, porque a la postre despersonaliza al hombre como sujeto jurídico anegándolo en el Derecho objeto (la personificación normativa) de modo que se llega a un panteísmo jurídico, como apuntó Duguit.

En cuanto al hebreo, converso cristiano, Jellinek, su dualismo implica —como lo ve Kelsen— la contraposición Dios y mundo, este último no es independiente de Dios que es "puro" en esencia, pero no es posible representarse a Dios sin el mundo ni al mundo sin Dios. Análogamente, el Estado es un ser distinto e independiente del Derecho, cuya naturaleza es metajurídica porque es poder, no Derecho. No obstante, no cabe pensar el Estado sin Derecho, ni éste sin el primero. El Estado es creador y soporte del Derecho, está sobre él pero, de otro lado, el Estado es algo de la naturaleza del Derecho, está sometido a éste, es ser jurídico, persona jurídica. "El Dios supramundanal se transforma en mundo, o mejor, en sus representantes, en hombre, desde el momento que el ser divino se parte en dos personas: en el Dios-Padre y en el Dios-Hijo, el Dios-Hombre o Dios-Mundo. En la persona Dios-Hombre sométese Dios al orden del Universo, por El mismo creado, tanto al orden ético como al natural; el poder limitado, en principio, de la voluntad divina se autolimita" (136).

Examinada, pues, la obra de Jellinek desde la óptica de la pureza metódica kelseniana, y en particular su doctrina de las dos facetas del Estado, social y jurídica, estamos ante una yuxtaposición impura, *gnoseológicamente entendida. Empero, llama la atención que Kelsen, a diferencia de Jellinek, haya recurrido frecuentemente en sus obras* (137) *a comparaciones entre el Derecho y la teología. No recuerdo que el insigne autor*

---

(136) Kelsen: *ob. cit.*, pág. 101.

(137) Una vez más remito a mi trabajo: "El orden normativo puro...". En este escrito puntualizo la referencia a los puntos de vista kelsenianos sobre teología.

enumere en sus frecuentes rechazos de posibles contaminaciones impuras (sociológicas, históricas, psicológicas, políticas), las teológicas. En este sentido, no me atrevo a sugerir que mediante tales analogías pretendiese divinizar *su grandiosa construcción; tampoco mostrar su erudición teológica, despreciando la admonición gentiliana:* Silete theologi im munere alieno!, *sino que ello corrobora la otra faceta kelseniana, el otro Kelsen.*

IV. Georg Jellinek y la Teoría de la Constitución

1. El concepto de Constitución en la obra de Jellinek

Ante todo hay que observar que ni Jellinek ni Kelsen, como después Heller, estudian la Constitución de modo independiente, es decir, como una disciplina sustantiva que exponga la dogmática del Derecho constitucional.

Corresponderá, como es sabido, a Schmitt y a las réplicas —menos valiosas— de Loewenstein y de Hermens (138) *la introducción del término* Verfassungslehre *y su concepción específica dentro de las materias jurídico-políticas.*

La precisión anterior no significa que la aportación jellikeniana a la doctrina de la Constitución sea parca o de escaso valor, o que aparezca como añadido a su teoría del Estado. Lo mismo cabe decir de las consideraciones kelsenianas sobre el asunto. En efecto, en el capítulo XV, del libro tercero (Teoría general del Derecho político) dedicado a la Constitución del Estado (págs. 381 y ss.), encontramos material suficiente tanto de dogmática constitucional como de Derecho comparado con puntos de vista sugestivos. Sus consideraciones sobre el tema se complementan con el estudio, que prologamos, sobre las mutaciones constitucionales.

(138) Conviene precisar que los títulos originales de la versión norteamericana de estas dos obras son éstos: *Political Power and the governemental Process* (University of Chicago Press, 1957, el de Loewenstein y *The representative Republic* University of Notre Dame Press, el de Ferdinand Hermens. Los dos están influidos por la *Political Science* norteamericana).

Nuestro autor comienza afirmando que toda asociación permanente requiere un principio de ordenación con arreglo al cual se constituye y desenvuelve su voluntad. Este principio ordenador limita la situación de los miembros dentro de esa asociación y en relación con ella: a esto se le denomina Constitución.

Aparece, así, la Constitución como ordenación *frente a la anarquía, de modo que todo Estado incluso el Estado arbitrario, el Estado despótico, necesitan una Constitución. "Es suficiente —escribe— la existencia de un poder de hecho que mantenga la unidad estatal para tener el* minimun *de Constitución preciso para la existencia del propio Estado; mas, por lo común, en los pueblos cultos existe un orden jurídico reconocido en principios de Derecho"* (139).

Late en ese texto la idea de tener Constitución *frente a la de* estar en Constitución (140). *En efecto, mientras que el Estado despótico, y el de salvación pública de índole democrático, del tipo francés de 1793 tienen Constitución, los pueblos cultos cuentan con un orden jurídico constitucional, es decir,* tienen y están en Constitución (141).

Seguidamente Jellinek describe la Constitución diciendo que abarca los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción y la situación de cada uno de ellos respecto del poder estatal.

Nuestro autor advierte que ese concepto de Constitución fue establecido por Aristóteles cuando distinguió entre la politeia,

---

(139) Jellinek: *Teoría general del Estado,* cit., pág. 381.

(140) Sobre la diferencia entre *tener* y *estar* en Constitución, cfr. Pablo Lucas Verdú: *El concepto de Constitución en la Constitución, ob. cit.,*

(141) La formación culturalista de Jellinek y el influjo que sobre él ejerció la distinción entre las *Kulturwissenschaften* y las *Naturwissenschaften*, dicotomía de la época (Rickert), es patente desde el inicio de su obra capital (pág. 3), si bien nuestro autor prefiere llamar a las primeras *Geistenwissenschaften*. Empero, falta dar un paso para abrirse a la consideración del Derecho constitucional como ciencia cultural, abierto a los valores, como ocurrirá con Rudolf Smend y se consolida en nuestro tiempo con Peter Häberle.

fundamento del Estado, y las leyes ordinarias que se basan en aquélla Constitución. "Conforme a su principio fundamental de que en la forma reside lo esencial de la cosa, considera la Constitución como la esencia del Estado, por lo cual la identidad de éste ha de descansar, en primer lugar, en la identidad de aquélla (142).

Jellinek (143) *señala el significado importante de redactar* (Verfassen) *un texto constitucional. La redacción de una Constitución tiene gran relevancia en el desarrollo del constitucionalismo como es notorio, pero a mi juicio ha adquirido alcance nuevo en nuestros días en conexión con el concepto* de *la Constitución, el concepto de Constitución* sobre *la Constitución y el concepto de Constitución* en *la Constitución y, además, en relación con la interpretación constitucional* (144). *Por otro lado, una Constitución escrita, si logra adhesión social suficiente, puede contribuir a fortalecer al Estado y su desarrollo político salvaguardando su identidad a través de los cambios* (145).

2. La Constitución como expresión y resultado de las relaciones de poder

Como es sabido corresponde a Lassalle (146) *la tesis de la*

---

(142) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 382. Kelsen: *Teoría general del Estado,* cit., pág. 408, coincide con Jellinek en señalar el influjo aristotélico en particular en la doctrina de las formas de Estado y añade: "Con plena razón se ha reconocido como uno de los puntos de vista más interesantes de la antigua teoría política el haber buscado la forma estatal en la Constitución, guiada por el propósito de comprender el Estado desde un punto único, como 'desde un centro inestable'" (Jellinek).

(143) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 383.

(144) Pablo Lucas Verdú: *El concepto de Constitución en la Constitución,* cit.

(145) Cfr. lo que dice Paul Kirchof: *Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten* en *Handbuch des Staatsrechts,* vol. I. *Grundlagen von Staat und Verfassung,* C. F. Müller, Heidelberg, 1987, pág. 777.

(146) Ferdinand Lassalle: *¿Qué es una Constitución?* Introducción de

Constitución como expresión de los factores y relaciones reales del poder. El influjo del socialista alemán es patente en Jellinek, así cuando afirma que: "... la Constitución del Estado a su vez expresa las relaciones de potencialidad entre los distintos factores sociales" (147). *Opinión que corrobora más adelante cuando dice: "Se ha afirmado muy a menudo que la verdadera Constitución en oposición a la escrita descansa en las mutuas relaciones de fuerza de los factores políticos base del Estado. Esta afirmación general es justa e injusta a la vez, según la concepción que se tenga respecto a cuál es la fuerza de la naturaleza, y qué se entiende por ésta"* (148). *"Las relaciones efectivas de fuerza, dice Lassalle, en que consiste toda sociedad, constituyen aquella fuerza en todo momento activa que determina las leyes y efectos jurídicos de esta sociedad, a tal punto que en rigor, ni pueden ser ni son otra cosa que lo que esas fuerzas son"* (149).

Jellinek (150) *señala las ventajas de las constituciones flexibles, como la británica, porque en todo tiempo y sin dificultad puede adaptarse la legislación a las necesidades y relaciones existentes y "... sobre todo porque este sistema puede abrir el camino para que se reconozcan los obstáculos que oponen las leyes y se puedan llevar a cabo las modificaciones necesarias, en vista de las relaciones de poder entre los órganos superiores del Estado.*

Recientemente se comprueban dos cosas en estas consideraciones del autor: a) *que la Constitución, como el Estado que configura, tienen carácter dinámico y* b) *que las relaciones reales de poder, lasallianas, se explican y conectan con la tesis jellikeniana de la fuerza normativa de lo fáctico que hemos descrito. Por consiguiente, siguiendo a Lassalle relacionándolo*

Franz Mehring. Traducción de W. Roces, Ediciones Siglo XX, Buenos Aires, 1975.

(147) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 255.

(148) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 270. Como vimos, la fuerza a que se refiere Jellinek es en parte ética e histórica, afirmación que repite en este texto.

(149) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 144.

(150) Jellinek: *ob. cit.*, págs. 404-405.

con la fuerza normativa de lo fáctico, y apoyándose en numerosos datos de Derecho comparado, Jellinek encuentra bases suficientes para enfrentarse con el problema de las mutaciones constitucionales, considerándolas como resultado de la dialéctica normatividad escrita y realidad constitucional, causa fundamental de dichas transformaciones constitucionales indirectas, tácitas, silentes, que configuran el cuadro de la dinámica constitucional.

Todo esto se confirma si leemos los siguientes textos de nuestro autor. "El Derecho es un compromiso entre intereses diferentes y aún opuestos. Este compromiso es resultante, no sólo de las fuerzas de los intereses, sino del poder social de los interesados en ellos. Por esto las relaciones reales de poder son las que sirven, de base al orden jurídico y encuentran en él su expresión". Esta afirmación hay que completarla "... mediante la idea de que en las relaciones sociales incide una fuerza normativa; esto es, que de aquéllas relaciones nace la siguiente convicción: las relaciones reales de dominación han de ser consideradas como jurídicas". "La modificación de las fuerzas reales de las relaciones entre los órganos superiores del Estado, se infiltra en las instituciones mismas, aún cuando no se haya modificado una letra de la Constitución" (151), (152).

3. Precedentes de la dinámica constitucional jellikeniana

Aparte del influjo de Lassalle, el maestro de Heidelberg tuvo

---

(151) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 256.

(152) En las págs. 404-407 Jellinek anticipa varios ejemplos del Derecho comparado (Inglaterra, Estados Unidos, Austria) que demuestran las modificaciones mediante leyes ordinarias y resoluciones parlamentarias de las Constituciones rígidas. En la nota (4) de la pág. 403 menciona a Mancini y Galeotti: *Norme e usi del Parlamento Italiano*, Roma, 1887, y a Brusa: *Der Staatsrechts des Königreichs Italien*, pág. 14, sobre la modificación en este caso de una Constitución flexible, mediante el procedimiento legislativo ordinario, si bien en Italia se solían convocar elecciones generales antes de modificar la Constitución, sin que esta consulta estuviese prevista en ninguna ley.

muy presente los escritos de Paul Laband. Ello no minimiza el valor de su aportación al tema que nos ocupa. El precedente labandiano consiste en estos dos trabajos: Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, *conferencia dictada el 16 de marzo de 1985 y* Die geschriebene Entwicklung der Reichsverfassung *publicado en Anuario de Derecho público.*

En estos escritos —observa Lanchester— (153), *el* Kronjurist *del Imperio guillermino se separa de su doctrina oficial en la medida que subraya, al margen de las formas jurídicas, la incidencia del régimen y los límites que este impone a las revisiones constitucionales. Por otro lado, señaló la importancia de las modificaciones constitucionales y examinó, ampliamente, sus consecuencias en la Alemania imperial* (154).

En el caso de Jellinek, teniendo en cuenta su teoría dualista (Teoría social del Estado y Teoría jurídica del mismo), no hay contradicción alguna con sus reflexiones sobre las mutaciones constitucionales y máxime dada la importancia que, hemos visto, atribuye a las relaciones efectivas de poder.

Sin perjuicio de estos antecedentes, la aportación de nuestro autor al tema es muy importante. Por eso, me parece injusta la crítica que le hizo el ilustre Smend (155).

El teórico de la integración del Estado, después de apuntar que el problema lo planteó por vez primera Jellinek y de resumir su tesis, se apoya en el trabajo que prologamos y sostiene lo siguiente: "la alternativa se plantea, pues, entre una dudosa 'fuerza normativa de lo fáctico', de una especial eficacia en el ámbito constitucional (156), *y una difusa contraposición o paralelismo entre la Constitución escrita y las fuerzas 'sociales*

(153) Fulcho Lanchester: *ob. cit.*, en nota (11), págs. 107 y ss.

(154) No me extiendo en las consideraciones labandianas sobre este asunto porque ya lo hice en mi *Curso de Derecho Político,* vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 163 y ss.

(155) Rudolf Smend: *Constitución y Derecho constitucional* cit., págs. 130-131.

(156) Smend en la nota (9), pág. 131, escribe: "Significativamente, Jellinek, en *ibídem,* hace solamente una descripción empíricamente de casos y tipos importantes, sin exponer una teoría, al menos jurídica". Este

reales'. El problema que se intuye aquí acertadamente, y, sin embargo, se plantea de forma errónea, es la cuestión principal de toda teoría constitucional". Esta última observación es justísima y sobre ella volveremos más adelante.

4. Significado del trabajo de Jellinek sobre las mutaciones constitucionales

El 28 de marzo de 1906 nuestro autor pronunció una conferencia en la Academia jurídica de Viena, sobre la reforma de la Constitución y la mutación constitucional. Jellinek había reunido extenso material sobre el asunto pero dada la índole propia de toda disertación no lo utilizó. Por eso, reelaboró y completó, profundamente, los datos acumulados para exponer su opinión sobre las transformaciones del parlamentarismo moderno. Así surgió el trabajo que prologamos (157). *No es menester insistir que en esta monografía Jellinek amplió y sistematizó su argumentación sobre el asunto.*

Me interesa subrayar varias cosas:

a) una metodológica *que expresa en el mismo prólogo, a saber: que el curso de su investigación se mueve en los linderos entre el Derecho constitucional y la política. Ello significa, en coherencia con su metodología, que el problema de las mutaciones constitucionales es incomprensible si no se tiene bien presente esa advertencia. Así pues, quien se ajusta a los postulados metodológicos kelsenianos con su tajante contraposición entre el ser y el deber ser, encontrará dificultades, casi insuperables, para entender esta especial fenomenología de la diná-*

---

reproche también lo considero exagerado. El autor que realizó esta teoría fue el chino Hsü Dau-Lin, discípulo de Smend, unos años después de la obra capital de su maestro. Cfr. *Die Verfassungswandlung*, Walter de Gruyter & Co, Berlín und Leipzig, 1932. Me he referido frecuentemente a esta monografía en diversos trabajos.

(157) Georg Jellinek: *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung. Berlín Verlag von O. Haring*, 1906, Prólogo, pág. V. El prólogo lleva fecha de junio del mismo año, de modo que a pesar de sus tareas académicas culminó su obra en poco tiempo.

mica constitucional y en el caso, problemático, que logre algún resultado válido sería traicionando los principios de la pureza metódica.

b) *Otra observación pertinente consiste en el empleo de la técnica dicotómica contraposición frecuente en la doctrina germana, típica del pensamiento dialéctico. Consiste en que mediante pares de conceptos se pretende captar el profundo sentido de los hechos jurídico-políticos. Estas dicotomías parecen imprescindibles para entender la dinámica constitucional en la medida que consideran un flanco esencialmente político y otro jurídico formal.*

A nuestro juicio, la Constitución es la autoconciencia de un pueblo del Estado y de la sociedad en una época de cambios frecuentes. Por ello la doctrina de las mutaciones constitucionales es la reflexión —teorética y práctica— de tales cambios. Estos se producen cuando la normatividad constitucional se modifica por la realidad político-social que no afecta a sus formas textuales pero transmuta su contenido. En este sentido, hay que interpretar la afirmación de Jellinek que la doctrina de las mutaciones es mucho más interesante que la teoría de las reformas constitucionales (158). *Late en esta cuestión un alcance teórico importante como admitirá Smend* (159) *cuando comenta la aportación jellikeniana a este asunto. En efecto, nos dice que no se trata de un supuesto de aplicación del problema, genérico de las ciencias del espíritu: tensión entre el ser y el deber ser, lo inteligible y la realidad viva. Tampoco versa sobre la teoría jurídica de las fuentes. Se plantea, ante todo, la naturaleza específica del Estado en cuanto objeto de ordenación jurídica mediante su Constitución. En esta cuestión se trata de la unidad de la Constitución del Estado en cuanto sistema ideal e inteligible, "...para cuya comprensión se hace necesaria la inclusión de aquellas 'fuerzas sociales' junto al propio texto constitucional escrito, es decir, en definitiva, se*

---

(158) Jellinek: *Verfassungsänderung...* cit., pág. 7 de la presente traducción.

(159) Smend: *ob. cit.*, pág. 131.

trata de un supuesto particular, propio de este campo especializado de las ciencias del espíritu" (160).

La dinámica constitucional esbozada por Laband y perfeccionada por Jellinek, llegará al tormentoso período weimariano suscitando opiniones contrapuesta (161) *que llegan a nuestros días. Desde entonces junto a la interpretación de las normas constitucionales, se configurará un sector capital de la Teoría de la Constitución.*

c) *En línea con su método nuestro autor confiesa, al inicio del prólogo, que siempre ha sostenido la separación metodológica y la unión científica del Derecho constitucional y de la política. Esto corrobora su opinión contraria a Laband y, por supuesto, a la que mantendrá luego Kelsen. En Weimar Schmitt, Heller y Smend seguirán ese camino, así como el rector de Berlín, Triepel, y otros. En esta época se hablará de un* Derecho político *frente al formalismo excesivo del Derecho constitucional.*

d) *Jellinek se enfrenta con el problema en una época de quietismo político, de desinterés por las cuestiones políticas en su patria. Así, manifiesta que: "Ninguno de los grandes pueblos cultos tiene tan escaso interés sobre cuestiones políticas como el nuestro. Al encontrarnos de nuevo ante un enorme proceso de transformación de las condiciones internas y externas de las naciones, aparecemos como un pueblo desazonado al contemplar el fondo de las grandes problemas de la vida estatal, contentándonos con tratar las cuestiones políticas cotidianas de manera superficial"* (162). *Aquí el psicologismo jellikeniano le movió a afirmar lo anterior.*

e) *Probablemente, en línea con la posición de su amigo Max Weber sobre la objetividad para el estudio de las ciencias sociales, precisará, con insistencia, que él escribe aprestándose a* conocer *y no a* querer *aunque sea difícil distinguir entre*

---

(160) Smend: *ob. cit.*, págs. 131-132. Las consideraciones que sigue desarrollando el asunto son muy sugestivas.

(161) Pablo Lucas Verdú: *Curso de Derecho Político*, vol. IV., Madrid, 1984, págs. 158 y ss.

(162) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 3.

comprobar lo que es y aprobar, o desaprobar, lo que puede llegar a ser. *Quienes enseñan la política deben estar preparados ante protestas y oposiciones. Jellinek pide a sus contradictores que intenten criticar sus conocimientos y competencia y no sus convicciones* (163).

5. Concepto de mutación constitucional. Clases y causas

Corresponde a Jellinek haber establecido un concepto preciso de mutación constitucional. Este, como es obvio, le sirve de punto de partida para ordenar la variada fenomenología de las transformaciones constitucionales que ya esbozó, como vimos, en su Teoría general del Estado y que aquí expondrá con mayor extensión y detalle.

La cuestión apenas fue examinada antes que él porque se tocó dentro de investigaciones generales sobre las fuentes del Derecho desentendiéndose de sus particularidades. Hay, pues, que centrar bien el problema.

Para nuestro autor la reforma de la Constitución *consiste en la modificación de los textos constitucionales producida mediante acciones voluntarias, intencionadas.*

Por el contrario, la mutación constitucional *estriba en una modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente. Se produce por hechos no acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación. Una vez más se percibe, en estas definiciones, el impacto psicologizante* (164) *(intencionalidad, voluntad consciente).*

Por consiguiente, Jellinek obtiene el concepto de mutación constitucional confrontándolo con la reforma constitucional basándose en datos psicológicos, lo cual ofrece un flanco

(163) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 4.

(164) Jellinek: *ob. cit.*, pág. 7. El autor no precisa el caso de una mutación constitucional que dejando indemne el texto fundamental: sin embargo, va acompañado con la conciencia plena de tal transmutación. La doctrina que se desarrolló en Weimar tocará este punto ahora tan actual y a veces con consecuencias anticonstitucionales.

susceptible a la crítica. A mayor abundamiento, no desarrolla las consecuencias de esa distinción, pues se detiene en amplias consideraciones y en añadir ejemplos del Derecho comparado. Todas ellas son interesantes y son claramente analizadas. Aquí el reproche que, vimos, le hizo Smend encuentra algún fundamento.

En compensación, al defecto apuntado, Jellinek sostiene que la estabilidad de los documentos constitucionales no es mayor que la de las leyes ordinarias. Esto ha conmovido la fe en la sabiduría de los legisladores constitucionales, dado que la vida real produce siempre hechos que no corresponden a la imagen legal que traza el legislador. El lado irracional de la realidad significa la discordancia entre norma y vida que se vuelve contra la misma norma. El legislador se enfrenta con poderes que piensa podrá dominar, pero aquéllos se alzan, plenamente inadvertidos, contra aquél atreviéndose incluso a sustituirle.

También señala que los preceptos constitucionales a menudo son poco claros o extensos. Sólo el legislador les da sentido estable mediante leyes que los concretan de modo semejante a la concreción que de los mismos hace el juez. Si en términos generales la práctica jurisprudencial está sujeta a las necesidades y opiniones variables de los hombres quedando los textos legales invariables, lo mismo ocurre con el legislador cuando interpreta, mediante leyes ordinarias, la Constitución, de modo que lo que parece hoy inconstitucional se presenta mañana conforme a la Constitución. Así, la misma Constitución sufre una transmutación.

No sólo se dan mutaciones constitucionales mediante la legislación; también se producen a través de las prácticas parlamentaria, administrativa-gubernamental *y por medio de la* práctica judicial. *Es obvio que las leyes y las normas constitucionales de modo subrepticio pueden adquirir, poco a poco, significado totalmente distinto al que tenía en el sistema jurídico originario.*

No sólo mediante la actividad legislativa, parlamentaria, administrativa y judicial se transforman las Constituciones. Asimismo la necesidad *juega un papel importantísimo en la*

vida de las Constituciones (165). *Aquélla opera no sólo en momentos cruciales de la historia estatal, además durante su curso normal. Puede surgir, la necesidad, de modo sorprendente, transmutando la organización estatal contra la letra constitucional. Ello ocurre en las Constituciones creadas* ex novo *porque cualquier concepción humana es incapaz de determinar la formación real de instituciones nuevas todavía no experimentadas. A menudo, la institución planeada sufrirá, en tales casos, una transmutación posiblemente muy profunda, sin cambio alguno de los textos legales correspondientes, debido a circunstancias, previstas o imprevistas, y tal vez rápidamente o en poco tiempo* (166).

6. Mutación constitucional mediante la práctica constitucional. La Constitución convencional

El capítulo V de esta obra tal vez sea el más interesante. Expone las reglas constitucionales convencionales típicas del Derecho constitucional británico sobre las cuales teorizó por vez primera Freeman en 1872, y luego Dicey. También en Alemania Hatschek en sus estudios sobre el ordenamiento constitucional inglés (167) *las estudió.*

Aunque nuestro autor indica que no es el momento de profundizar en la naturaleza de manifestaciones tan interesantes, anota que la idea de la regla convencional (Konventionalregel) *conlleva la representación de una creación contractual en tanto que muchas de ellas surgen irreflexivamente, brotan de la práctica y se afirmarán tras su ejercicio largo y efectivo del cual deriva su fuerza normativa.*

---

(165) Jellinek: *ob. cit.*, págs. 26 y ss.

(166) Jellinek: *ob. cit.*, expone el ejemplo de la organización del Reich guillermino como ejemplo sin rival. Añade el del canciller del *Reich* y el de su lugartenencia.

(167) Jellinek: cita en nota a estos autores, *ob. cit.*, pág. 34. No recoge el trabajo de Julius Hatschek, porque apareció más tarde, titulado: Konventionalzegeln oder über die Grenzen der *Natur* ψ wisesenchaftlichen Begriffsbildung in öffentlichen Recht en Jahrbuch des öffenlichen Rechts der *Gegenwart* vol III, 1909, pag. 1 y ss.

Las reglas convencionales configuran una ética política, cuyos mandatos son, y tienen que ser, rigurosamente seguidos.

Jellinek indirectamente manifiesta cierta simpatía por estas reglas y subraya que pocos pueblos como el inglés han configurado toda su realidad social ajustándose a ellas los individuos y los partidos políticos. Además, corrobora su tendencia a análisis-psicosociales mencionando el ensayo de Emile Boutmy sobre la psicología política del pueblo inglés en el siglo XIX.

Al maestro alemán le interesa la naturaleza de tales convenciones: ¿Son reglas jurídicas? A su juicio son Derecho en cuanto contienen normas reconocidas y garantizadas por el ejercicio del poder estatal, aunque en la mayoría de los casos no tienen carácter vinculatorio sino flexible, pues pueden adaptarse siempre a las relaciones políticas que cambian continuamente. Por tanto, una desviación de tales reglas no supone una violación del Derecho constitucional dispositivo.

La esencia del Derecho dispositivo se discutió en el campo del Derecho privado. Correspondió a Bülow examinarlo, por vez primera, en el Derecho público, concretamente en el Derecho procesal civil. No obstante, se da en otros sectores del Derecho público. En éste se trata, generalmente, no de una interpretación de la voluntad privada, sino de una normación que versa sobre lo que es útil para la estabilidad. Empero, la decisión sobre esto sólo puede darse considerando las relaciones individuales. Por eso, el Derecho público garantiza, a menudo, competencias políticas a órganos estatales, a asociaciones públicas, a los Estados federados, siguiendo una orientación que permite apartarse de determinadas reglas legales.

Seguidamente, Jellinek analiza diversos ejemplos tomados del Derecho alemán, británico, francés y austriaco, que mostraron el papel importante que desempeña en dichos ordenamientos el Derecho flexible. Se añadió como Derecho secundario para regular la estructura y funcionamiento del Estado. En ese orden de cosas advierte cómo el formalismo constitucional no puede prescindir de esa flexibilidad y al mismo tiempo lo relaciona con el conocimiento político.

Corresponde al maestro de Heidelberg el mérito de subrayar la relevancia de la Constitución convencional (Konventionalverfassung) *no sólo en Gran Bretaña, lo cual es carácter intrínseco suyo, además en los países continentales europeos. En ambos casos se comprueba que cuando no hay normas escritas y a menos que se regulen la existencia y funcionamiento —del Consejo de ministros, caso al que el autor se refiere— éste se disciplina por un Derecho constitucional flexible que colma, como elemento fluyente, los amplios espacios que muestran las normas constitucionales escritas.*

La lectura de este capítulo corrobora las insuficiencias del Derecho escrito y la incapacidad (en sede teórica) para comprender y explicar el problema.

Ello corrobora el despegue del autor del positivismo legalista. Aunque algunos ejemplos que menciona ya son historia y la minuciosidad con que los agrupa y analiza desborda la consideración dogmática, estamos ante una cuestión fundamental en el ámbito de la Teoría de la Constitución.

En Italia, Santi Romano (168) *estudió, en un artículo, este fenómeno en el sector concreto de lo que denominó* normas de la corrección constitucional. *Posteriormente, su discípulo Biscaretti di Ruffia amplió la aportación de su maestro en una sugestiva monografía* (169). *Más recientemente Vincenzo Zangara ha examinado la Constitución convencional aportando nuevas perspectivas para el estudio de un tema que si bien se planteó práctica y teóricamente en Gran Bretaña* (170), *se replanteó en el continente ofreciendo un panorama nuevo que*

---

(168) Santi Romano: *Diritto e corretteza costituzionale* Prolusione nella Reale Università di Pisa, 1909.

(169) Paolo Biscareti di Ruffia: *Le norme della corretezza costituzionale,* Giuffrè, Milano, 1939.

(170) Cfr. el estudio de Vincenzo Zangara: *Costituzione materiale e Costituzione convenzionale (Notazione e spunti)* en *Scritti* in onore di Constantino *Mortati,* vol. 1.º, Università di Roma. Facoltà di Scienze Politiche, 1977, págs. 359 y ss. Recientemente: Geoffrey Marshall: *Constitucional conventions. The Rules and forms of political accountability,* Clararden Press, Oxford, 1986.

enriquece nuestra disciplina tanto respecto al concepto de Constitución como a su contenido, aplicación e interpretación y asimismo acerca de la dinámica constitucional.

7. Mutaciones constitucionales por la falta de ejercicio de competencias estatales

En el capítulo siguiente examina Jellinek, después de haber descrito cómo se transforma la Constitución mediante el modo de ejercer el poder estatal, el caso, que considera extraordinariamente importante, de modificación de aquélla por falta de ejercicio de las competencias estatales. Examina diversos ejemplos (negación de la sanción de la ley y derecho del veto real).

A su juicio, en modo alguno puede deducirse que por el desuso de una competencia del poder estatal queden obsoletas las correspondientes prescripciones constitucionales. Puede decirse que cuadra con la esencia del derecho supremo del Estado que, éste sea imprescriptible. Resulta difícil determinar, en los casos concretos, en qué medida un poder nunca ejercido tiene de hecho relevancia jurídica, es decir, si es válido, capaz de conseguir, en algún caso, alcance normativo para la vida estatal. El tema más interesante lo ofrecen los preceptos sobre la responsabilidad ministerial.

8. El problema de las lagunas constitucionales. Crisis y crítica del parlamentarismo

Aquí el autor completa sus observaciones hechas en su Allgemeine Staatslehre (171).

En efecto, afirmó tajantemente: "Cuando se parte del falso dogma de que el sistema del Derecho ha de ser una unidad cerrada, no se fija la jurisprudencia en que, por lo común, la historia del Derecho es al propio tiempo una historia de las transformaciones de éste y de espacios vacíos de Derecho existentes dentro del propio orden jurídico y junto a él; por lo cual sólo llegan a conseguir las apariencias de la continuidad

(171) Jellinek: *Teoría general del Estado*, cit., pág. 265.

jurídica valiéndose de una especulación falsa y comparable a las ficciones audaces del Derecho natural". Abunda en este juicio cuando nos dice: "El Derecho, por consiguiente, jamás alcanza extensión bastante para solucionar los profundos conflictos entre poderes, dentro del Estado. Concebir el sistema del Derecho público como un todo cerrado y creer que puede hallarse en él una solución para cada caso, no es otra cosa que valerse de una analogía tomada de otras partes del Derecho, y que en este caso necesita ser absolutamente rechazada". A continuación expone una serie de ejemplos que corroboran su tesis (172).

Jellinek subraya, en su monografía, la íntima relación que existe entre las lagunas y las mutaciones constitucionales. Tales lagunas no pueden negarse si partimos de la conexión fundamental entre el Estado y el Derecho, comprobando que el Estado es un fenómeno social e histórico que si bien es capaz de ordenar el Derecho no lo es para crearlo. Además, no siempre son previsibles los acontecimientos históricos de modo perfecto.

Las lagunas constitucionales pueden manifestarse tras largo tiempo y no pueden colmarse con los medios convencionales de la interpretación y de la analogía. En consecuencia, el desenvolvimiento imprevisto de tales lagunas puede producir una mutación constitucional en tanto la situación fáctica lleva a un reconocimiento del Derecho consuetudinario atribuyéndole significación normal. Por lo general el reconocimiento de lagunas constitucionales se dirige al legislador puesto que la reforma de la Constitución es la vía más segura para colmarlas plenamente.

A su entender, las lagunas constitucionales son incomparablemente más instructivas que todas las mutaciones constitucionales que afectan a un texto concreto de la Constitución. Se refiere a aquéllas que sin ser causa repentina de una conmoción del Estado, sin plena destrucción del orden estatal dado,

---

(172) Jellinek: *ob. cit.*, págs. 267 y ss. La cuestión de las lagunas constitucionales se debatió ampliamente en Alemania en tiempos del autor. Cfr. Pablo Lucas Verdú: *Curso de Derecho Político,* vol. II, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 559 y ss.

muestran su completa reconstrucción. Seguidamente Jellinek describe, con verbo encendido, la fragmentación y derrumbe de los fundamentos del orden estatal que parecían imperturbables durante muchos siglos (173); *señala los cambios experimentados por los Parlamentos que ceden su poder a otro sujeto que brotó de ellos reduciendo su relevancia política y describe lo sucedido en los Estados Unidos, en Inglaterra y en el continente, añadiendo penetrantes observaciones sobre la crisis del parlamentarismo y la crítica del mismo. Ello confirma la constante preocupación de nuestro autor en aportar los datos jurídico-políticos que corroboran sus opiniones.*

A su juicio, las transformaciones de la maquinaria y de las instituciones político-sociales fueron alabadas por espíritus ilustres y operadas por monarcas que entonces representaban el progreso: el absolutismo monárquico superó el particularismo estamental logrando la unidad del Estado moderno, pero luego se descubrieron sus facetas sombrías. El liberalismo económico desencadenó, inicialmente, fuerzas económicas imprevistas pero mostró, pronto, los abusos horribles de la competencia desleal. Lo mismo sucedió con el Jurado y con los Parlamentos. Una vez establecidos, los Parlamentos, brotó al cabo la sensación que no correspondían a la idea de conseguir una forma adecuada de representación nacional (174).

Jellinek advierte que su discurso sobre el parlamentarismo no se ciñe sólo a las instituciones parlamentarias, sino que, además, tiene en cuenta aspectos relacionados con aquél como las limitaciones establecidas por algunos Estados para restringir el poder parlamentario. Inglaterra y Francia no frenan la fuerza expansiva de sus Parlamentos, a diferencia de los Estados Unidos con la aplicación estricta de la separación de poderes que impide la formación de gobiernos parlamentarios según el modelo europeo, y de los Estados alemanes, que contienen históricamente el predominio monárquico.

El análisis jellikeniano de la obstrucción parlamentaria, así

(173) Jellinek: "Reforma constitucional..." cit., pág. 51.

(174) Jellinek: *ob. cit.*, págs. 67 y ss., desarrolla un análisis muy certero sobre las vicisitudes de la representación política.

como la creación artificial de fuertes mayorías que oprimen a los grupos parlamentarios, originan el descrédito de los Parlamentos, cuestión que desgraciadamente sigue teniendo actualidad, y reproducen, en cierto modo, el absolutismo. Por otro lado, Jellinek señala como causa significativa de la lucha contra el parlamentarismo la configuración del sistema partidario.

Apoyándose en el clásico libro del ruso Ostrogorski (175) *advierte cómo una oligarquía partidaria substituye a la democracia tratando sin consideraciones a quien se cruza en su camino. Del mismo modo la proliferación, a veces excesiva, de los partidos produce perjuicios aún más graves* (176).

Por último, nuestro autor describe la argumentación crítica contra el parlamentarismo que denuncia la incapacidad de los Parlamentos para cumplir, convenientemente, sus tareas (177).

9. Nuevos poderes surgidos en la democracia

Al final de su monografía nuestro autor reitera afirmaciones precedentes, y añade el crecimiento de instituciones democráticas directas (referéndum *e iniciativa popular) y apunta algunas reformas del parlamentarismo.*

Jellinek sostiene que el desarrollo de las constituciones manifiesta que las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal porque las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes, que actúan independientemente de cualquier forma jurídica.

---

(175) M. Ostrogorski: *La dèmocratie et l'organisation des partis politiques,* 2.ª ed., París, 1903. Edición norteamericana: *Democracy and the Organization of political Parties.* The Macmillan Company, New York, 1908.

(176) Jellinek describe con trazos duros los inconvenientes de esta oligarquía. De este modo es, junto con Ostrogorski, uno de los precursores de la crítica que después en la Italia actual se hará de la llamada *partitocrazia.*

(177) Jellinek no pudo imaginar, contrario a lo que afirma al comienzo del capítulo VIII, lo que sucedería una generación posterior en Alemania. En efecto, decía: "... una progresiva depreciación política de los Parlamentos resucitaría los antiguos poderes absolutos del pasado". Sus convicciones liberales-burguesas inspiraron esa afirmación.

Aquí subyace el impacto de la conocida tesis lasalliana sobre los factores reales de poder y su repercusión sobre la normatividad constitucional.

Los Parlamentos funcionarán eficazmente cuando se aseguren el apoyo de las fuerzas motrices del Estado.

La cuestión radica en comprobar si han surgido nuevos poderes que se esfuerzan en atraerse el poder efectivo que el orden jurídico atribuye a las instituciones existentes. Esto lleva al autor al análisis del desarrollo histórico del Parlamento.

Cuando Von Mohl sostuvo que el Parlamento es el defensor de los derechos del pueblo no podía pensar que surgirían poderes sociales completamente distintos capaces de esgrimir esos derechos con energía. Los tiempos en que la tribuna parlamentaria era el único lugar para influir en el Gobierno ya pasaron. El desarrollo de la prensa, en cambio, es enorme y su fuerte crítica de los abusos públicos consigue mejores resultados que la crítica parlamentaria, de suerte que es capaz de determinar, más efectivamente, el curso legislativo que los partidos políticos dominantes.

Las oficinas de prensa gubernamentales, la existencia de una prensa oficiosa, son fenómenos que prueban, indudablemente, que existe una discusión directa entre el gobierno y el pueblo (178).

De otro lado, el asociacionismo (empresarial y obrero y de otros intereses) ha adquirido papel relevante. En estas asociaciones las ideas de la representación pueden lograr expresión mucho más justa que en los presentes Parlamentos centrales, porque los órganos asociativos solamente se encaminarán a intereses limitados de los miembros de la asociación, en contraposición a la idea ineficaz de una representación de la existencia conjunta de un pueblo.

V. Conclusión

El autor tiene en sus manos una monografía ejemplar. Considero que su lectura es imprescindible para los especialis-

(178) No es menester indicar que estas opiniones del autor ya no son totalmente válidas, puesto que los partidos son potentísimas maquinarias

tas de nuestra disciplina. A menudo jóvenes investigadores se limitan a consultar sólo, por razones de tiempo para redactar sus trabajos, la obra capital del autor que consideran sirve para su propósito. Es decir, la "Teoría general del Estado". Aún así su consulta es rápida y parcial porque sólo considera las páginas que versan directamente sobre su investigación.

Otros —incluso ya veteranos— creen, equivocadamente, que los autores clásicos de la dogmática constitucional y de la Teoría del Estado ciertamente están allí, *cumplieron su papel dignamente pero son arcaicos. Convendría mencionarlos, si viene al caso y, a veces, las citas son de segunda mano. ¡Funesto error!*

Los grandes maestros del Derecho público no sólo están allí *para recordarlos litúrgicamente, porque en cuanto clásicos, maduros y sugeridores, siempre podrán enseñarnos algo. Hay, pues, que revisitarlos con alguna frecuencia y si es posible examinar la mayor parte de su obra.*

Existen entre nosotros algunos docentes que dicen seguir a Kelsen y sólo han leído la "Teoría pura del Derecho", ojeado la "Teoría general del Estado" y, por supuesto, su artículo sobre la justicia constitucional. Las prisas y el pragmatismo para obtener puestos docentes causan a quienes les afectan graves daños y, claro está, a la enseñanza universitaria.

Está muy bien esmerarse en conseguir las más recientes publicaciones extranjeras acerca del tema que preocupa, pero en muchos casos se comprobará que en ellas encontramos referencias a los grandes maestros cuyo pensamiento central a veces ha sido modificado, o superado, por la doctrina posterior. Sin embargo, también hallaremos sugerencias, construcciones excelentes y consideraciones que nos pasaron desapercibidas y una segunda lectura nos sorprenderá por su valor. No nos desalentemos si comprobamos que nuestras ideas ya están expuestas por eximios autores. No debe desanimarnos, pues indica que caminamos por vía segura. Releamos, a los clásicos y reflexionemos sobre sus mensajes.

---

electorales y parlamentarias y porque el monopolio gubernamental de la televisión y otros medios desplaza el poder de la prensa libre e independiente.

Recapitulando lo que hemos dicho sobre Jellinek apuntamos, para terminar, lo siguiente:

1) *La monografía que prologamos revela su ruptura con el positivismo legalista.*
2) *La relativización de la contraposición ser-deber ser ínsita en su doctrina de las dos facetas del Estado: social y jurídica.*
3) *Los análisis penetrantes del autor sobre temas histórico-políticos, particularmente acerca de la Declaración francesa de 1789, cuyo estudio y su controversia con Boutmy no hemos examinado por ser muy conocida y por razones de espacio.*
4) *Las tesis sobre el Derecho como* minimun *ético para la convivencia y la fuerza normativa de lo fáctico. El análisis psicosocial de los fenómenos jurídico-políticos. Cuestiones características del autor.*
5) *La doctrina de los derechos públicos subjetivos. Tampoco la hemos desarrollado por las razones expuestas más arriba.*
6) *La doctrina sobre las mutaciones constitucionales que acabamos de exponer.*

Como es sabido, parte esencial de la obra de Jellinek fue conocida enseguida en España, incluso antes que en Francia e Italia, por la traducción de Adolfo Posada de la monografía sobre la Declaración de 1789 (179) *y la versión de don Fernando de los Ríos de la* Allgemeine Staatslehre. *Ahora el lector puede comprobar, con la lectura de esta monografía, cómo Jellinek, partiendo del énfasis que siempre puso sobre el dinamismo del Derecho y del Estado, se interesó, también, en la dinámica constitucional para una adecuada comprensión de la Teoría de la Constitución como ciencia cultural.*

PABLO LUCAS VERDÚ
Algorta, 10 de agosto de 1990

---

(179) Jellinek: *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (traducción española con un estudio preliminar de Adolfo Posada). Librería Victoriano Suárez, Madrid, 1908.

REFORMA Y MUTACION DE LA CONSTITUCION

PROLOGO

El presente estudio se basa en una conferencia que pronuncié el 18 de marzo de este año en la Academia Jurídica de Viena. Entonces sólo pude utilizar una pequeña parte del material disponible. Por eso, mis consideraciones particulares sobre los que trataron las transformaciones del parlamentarismo moderno han sido reelaboradas y aumentadas de manera más profunda.

El curso de esta investigación se mueve en los linderos entre el Derecho constitucional y la política. Siempre he sostenido la separación metódica y la unión científica de ambas disciplinas. Hoy, sin embargo, cuando el Derecho constitucional ha experimentado en Alemania una configuración jurídica tan rica, se plantea, cada vez más, la exigencia de investigaciones políticas complementarias y avanzadas, como se explica más detalladamente en el texto. Si arrojamos una mirada a la abundante literatura extranjera, particularmente la de los pueblos occidentales y comprobamos cuán profundamente examinan nuestras instituciones estatales y dado que no correspondemos de manera adecuada, nos embarga cierta inquietud: podríamos retrasarnos en un importante campo científico. En la actualidad ningún gran pueblo culto muestra tan escaso interés sobre las cuestiones políticas como el nuestro. Al encontrarnos de nuevo ante un enorme proceso de transformación de las condiciones internas y externas de las naciones, aparecemos como un pueblo desazonado, si contemplamos el fondo de los grandes problemas de la vida estatal, contentándonos con tratar los temas políticos cotidianos de manera superficial.

Probablemente no es superfluo apuntar algunas cuestiones políticas muy significativas que hasta ahora fueron soslayadas por la ciencia alemana, aunque ya han suscitado una discusión profunda en otro lugar. Me parece que no es menester aclarar y repetir que escribo como investigador y no como quien decide, aunque es muy difícil para muchos distinguir entre comprobar lo que es y aprobar, o desaprobar, lo que puede llegar a ser. Es cierto que quien enseña política tiene que prepararse ante protestas u oposiciones. Ahora bien, quien me contradiga, que intente criticar mis conocimientos y competencia, antes que mis convicciones.

GEORG JELLINEK
Heidelberg, junio 1906.

CAPITULO I
EL PROBLEMA DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCION Y DE LA MUTACION CONSTITUCIONAL

Las ideas que impulsaron la elaboración de los modernos documentos constitucionales no pueden describirse con una sola palabra: todo efecto histórico resulta de una multitud de causas muchas veces imprevisibles. En otro trabajo he mostrado los caminos principales que llevaron a la exigencia de las Constituciones escritas y lograron su cumplimiento (1). Ese objetivo se consiguió también gracias a la fe en el poder creador y consciente del pensamiento humano, tan arraigada en la época del racionalismo. Se invoca al legislador para curar los males de la sociedad. Se requiere al soberano estatal cuya voluntad ilustrada es capaz de atajar todo mal en la medida que la fuerza humana sea capaz. Por encima del legislador se eleva aún el poder superior de las leyes fundamentales, que son los pilares firmes en que se basa toda la estructura del Estado. Estas leyes fundamentales, inconmovibles, difíciles de cambiar, deben dirigir la vida del Estado merced a su poder irresistible. No pueden alterarse por los poderes establecidos, sólo pueden modificarse según sus propias normas que son difícilmente actuables, deben dirigir, estas leyes fundamentales, la vida estatal en virtud de su fuerza irresistible hasta tiempos lejanos.

Tan pronto como estas ideas se hacen realidad, resulta que la estabilidad de las leyes fundamentales no es mayor que la de las otras. Se han yuxtapuesto la elaboración de muchas Constituciones y su modificación profunda en mu-

---

(1) *Allgemeine Staatslehre,* 2.ª edición, pág. 491 y ss.

chos Estados y en suma la experiencia ha debilitado tanto la fe en la sabiduría del constituyente como en la sabiduría del legislador tan místico en su esencia interna. Hoy sabemos que las leyes pueden mucho menos de lo que se creía todavía hace un siglo, que expresan siempre, únicamente, un deber ser cuya transformación en ser nunca se consigue plenamente porque la vida real produce siempre hechos que no corresponden a la imagen racional que dibuja el legislador. Y este lado irracional de la realidad no significa solamente una discordancia entre norma y vida. Más bien se vuelve contra la misma norma. El legislador se enfrenta con poderes que se cree llamado a dominar pero frecuentemente se alzan, plenamente inadvertidos, contra él atreviéndose incluso a sustituirle. Tales poderes no se arredran de ninguna manera ante leyes más elevadas y profundas. Las leyes fundamentales se establecen, como las demás, en cuanto necesidad inevitable, reconózcase o no, en el curso de los acontecimientos históricos. Por eso, es muy interesante plantearse el problema acerca de las vías seguidas para reformar nuestras Constituciones escritas.

A primera vista parece que puede contestarse fácilmente a la cuestión.

Las Constituciones contienen preceptos jurídicos y todo el Derecho es reformado y completado sea mediante la ley, sea a través del Derecho consuetudinario, o bien, según unos afirman y otros rechazan, mediante el Derecho de los juristas *(Juristenrecht)*. Ahora bien, si sólo utilizamos estas categorías generales no podremos formarnos un conocimiento cabal de la esencia de procesos tan extraños e interesantes sea con clara percepción o poco a poco, únicamente por medio de una consideración perspicaz, lograremos captar cómo los fundamentos existentes de un Estado son sustituidos por otros.

Por consiguiente, hay que alcanzar un conocimiento profundo de la forma y del operar de estos procesos en lugar de contentarse con aplicar etiquetas descoloridas a tales fenómenos. Por extraño que parezca, no puedo remitir

a escritos académicos sobre esta cuestión porque se ha examinado solamente con motivo de investigaciones generales de las fuentes del Derecho, y nunca en conexión con todas sus particularidades.

Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación (2).

No es menester advertir que la doctrina de las mutaciones es mucho más interesante que la de las reformas constitucionales. Sin embargo, también éstas, a las que dedicaremos, seguidamente unas pocas líneas, nos ofrecen algunas manifestaciones notables.

---

(2) Laband: *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, 1895, pág. 2 y ss.

CAPITULO II
REFORMA DE LA CONSTITUCION MEDIANTE LA REVOLUCION. CLASES DE REFORMA LEGAL DE LA CONSTITUCION. LA REFORMA DE LA CONSTITUCION EN EL *REICH* Y EN SUS ESTADOS MIEMBROS

La teoría atribuye al Estado soberano un poder de decisión ilimitado. Por consiguiente, también puede modificar a discreción su Constitución, abrogarla o sustituirla. Y no sólo ajustándose al Derecho. La Constitución de un Estado puede sufrir mediante el poder una subversión total. Toda revolución abre el camino a una reforma de la Constitución. En efecto, no hay ningún poder alguno por encima del Estado que pueda impedir lo hecho por tales revoluciones, vengan de arriba o de abajo, así cada revolución triunfante crea un Derecho nuevo (3).

Respecto al tema "reforma de la Constitución mediante la revolución" surge, en seguida, una pregunta interesante: ¿Hasta dónde se puede extender esta reforma? Si una Constitución es eliminada total y formalmente y es sustituida por otra, ¿esa Constitución anterior decae de tal modo que ninguno de sus preceptos sigue vigente?

La respuesta la encontramos en un país que —como ningún otro— transformó su ordenamiento estatal mediante una serie continuada de revoluciones: Francia (4). Basta con señalar que la revolución de septiembre de 1870, suprimió totalmente la Constitución del Segundo Imperio, y, que des-

---

(3) No expondré las cuestiones de la reforma de la Constitución mediante hechos internacionales (conquista, anexión, disolución de Estados), así como las relativas al significado de los poderes transitorios.

(4) Al menos en Europa. México tuvo 48 regímenes políticos distintos en el período de 1821 a 1853 Cfr. Lecky: *Democracy and Liberty*, New, ed., 1899, I, pág. 34.

pués de algunas vacilaciones, se promulgó la Constitución francesa actual integrada por un conjunto de leyes del año 1875.

Estas leyes no mencionan, en absoluto, al orgullo francés: la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano, ni la garantía de los Derechos fundamentales (5).

Empero, la doctrina constitucional francesa sostiene, unánimemente, que los principios de 1789 —por ambiguos que parezcan— no se suprimieron a pesar de que ningún artículo constitucional los recoja hoy (6). No se abolieron porque son inabolibles. Por otro lado, el principio de inamovilidad del juez que estableció la Constitución del 21 de mayo de 1870 (art. 15), no aparece en la legislación constitucional actual. No obstante, se considera también hoy vigente aunque carezca de sanción constitucional explícita. Ahora se le atribuye sólo fuerza de ley ordinaria y no de ley constitucional, por eso, también, puede suspenderse provisionalmente por la ley del 30 de agosto de 1883 (7).

De tales hechos inferimos que la abolición de las leyes no implica necesariamente y como consecuencia, la de los preceptos que contienen. Pueden mantenerse en adelante como Derecho consuetudinario lo cual es prueba de que tenían ya, antes de la abolición de la ley, el doble carácter de Derecho escrito y consuetudinario, de ello, sin duda, no se tenía conciencia mientras la ley estaba vigente. En este sentido cabe añadir esta interesante pregunta, ¿en qué medida el Derecho consuetudinario pierde totalmente su carácter al adoptar la forma de ley?

Sobre la cuestión de la reforma de la Constitución mediante la revolución, existe una doctrina importante que

---

(5) La Constitución inmediatamente anterior al Segundo Imperio (Senatus-Consulto del 21 de mayo de 1870) declaró en el artículo I: "La Constitution reconait, confirme et garantit les grandes principes proclamés en 1789 et qui sont la base du droit public des Français".

(6) Cfr. Esmein: *Elements de droit constitutionel,* 3 [4e] éd. 1903, pág. 397 y ss. Lebon: *Staatsrecht der französischen Republik,* 1886, pág. 27.

(7) Cfr. Esmein, en el lugar citado, pág. 361 ss.

afirma que únicamente afecta al Derecho escrito y no al consuetudinario. Solamente cuando el Derecho consuetudinario está unido indisolublemente a determinadas leyes, decaen los dos juntos.

La cuestión es distinta en Estados sin Constitución escrita aunque hoy ya no se da este caso en un amplio ámbito de Estados civilizados. Hay Estados sin Cartas constitucionales y sin Leyes constitucionales formales, en los que una parte del Derecho constitucional material se ha codificado. La zona que la ley deja vacía en tales Estados solamente puede colmarse, en caso de conmociones estatales, por la ley. Cromwell sólo pudo convertir en una sola las dos cámaras del Parlamento inglés, basadas en el *common law* mediante una ley que fue precisa para establecer el poder del Protector en lugar del poder monárquico. Ahora bien, tales leyes deben juzgarse siempre según el nuevo orden establecido.

La doctrina del cambio por el legislativo de las Constituciones muestra los mismos problemas que la reforma de las leyes en general. Ha de señalarse aquí sólo una manifestación importante. Las leyes constitucionales pueden reformarse, como las ordinarias, de tres maneras. Pueden abrogarse totalmente, pueden recibir otro texto o sustituirse por leyes posteriores. Sólo este último camino se da en los Estados Unidos. Allí no se cambió hasta hoy ninguna letra del documento constitucional de 1787, pero se añadieron quince enmiendas a la Constitución que modificaron el contenido de algunos preceptos del instrumento fundamental. Hay Estados donde se utilizan distintos sistemas arbitrariamente, lo cual puede provocar situaciones confusas. Así particularmente en el *Reich* alemán. Aquí existe una carencia sistemática increíble respecto a la reforma de la Constitución, de modo que nadie puede recabar hoy del texto constitucional una idea suficientemente aceptable de los fundamentos del *Reich*. Citemos el artículo primero de la Constitución, que trata del territorio del *Reich*. Ni una sílaba menciona al territorio del *Reich* de Alsacia-Lorena. El artículo 20 señala el número total de los miembros del *Reichstag:* 382, aunque en

realidad son 397, porque 15 diputados proceden de Alsacia-Lorena. Estos aspectos se aclaran en las leyes referentes a Alsacia-Lorena, que no tuvieron influjo alguno en la formulación de la Constitución. El artículo 17 declara que solamente el canciller del *Reich* es competente para refrendar los actos imperiales, no obstante la ley de lugartenencia del 17 de marzo de 1878 permite el refrendo por los suplentes del canciller del *Reich*. El artículo 50 confía al emperador la promulgación del reglamento de correos y, en cambio, la ley sobre el correo postal (8) la transfiere al canciller del *Reich* con la cooperación del Consejo federal *(Bundesrat)* en puntos concretos. A estos ejemplos se podrían añadir muchos más (9). Además, la Constitución ha experimentado añadidos materiales mediante numerosas leyes, que no se incluyeron en su texto. Respecto al sistema administrativo de todo el *Reich*, tan amplio, apenas puede encontrarse, en el texto constitucional, algo. Sólo se trata del canciller del *Reich*, de los comisarios del *Reich* para aduanas e impuestos, de las administraciones de correos y telégrafos, de los cónsules, de la marina de guerra y de algunos oficiales del ejército de tierra. A los impuestos enumerados en la Constitución se han añadido otros que completan el sistema fiscal del *Reich*.

Por eso, la Constitución imperial tiene carácter fragmentario, pues sólo considera una parte de las instituciones fundamentales del Imperio.

La Constitución imperial ha producido una situación anormal en las Constituciones de los Estados federados. Las leyes del *Reich* las quebrantan de tal manera que el lector inexperto no lo percibe ni por asomo. Consideremos, por ejemplo, la Constitución de Prusia.

Un sector muy extenso de su articulado ha sido sustituido, total o parcialmente, por el Derecho del *Reich*. Aunque leemos, en el texto constitucional, que la libertad de emigra-

---

(8) Del 28 de octubre 1871, § 50.

(9) Cfr., sobre esto, Laband: *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 4.ª edición, pág. 36; y lo mismo, *Wandlungen*, pág. 4.

ción solamente puede limitarse por el servicio militar obligatorio; que se introduce el matrimonio civil; que no puede establecerse la censura; que el secreto de la correspondencia es inviolable, que todos los prusianos están obligados a prestar servicio militar; que el rey puede movilizar, en caso de guerra, al ejército del *Land* (Territorio) conforme a la ley, todos estos preceptos ya no están vigentes porque también mediante una norma imperial posterior se anuló materialmente el Derecho del *Land* correspondiente. Por eso, se impide a Prusia modificar los artículos afectados de su Constitución. Sería una arrogancia anticonstitucional que un Estado alemán pretendiera anular por medio de una nueva ley del *Land* lo que ya fue anulado. El único camino posible para armonizar los textos de las Constituciones de los Estados miembros alemanes con la situación jurídica real, sería la abrogación total de las Constituciones actuales y su sustitución por otras nuevas. Esto ha ocurrido en las ciudades hanseáticas de Lübeck y Hamburgo (10). Los demás Estados continúan arrastrando en sus textos constitucionales el lastre de normas derogadas (11).

---

(10) Más correcto es el texto de la Constitución de Lübeck del 7 de abril de 1875, que contiene ahora solamente preceptos del Derecho del Estado federado. Es cierto que el artículo 2 de esta Constitución habla de la ciudadanía de Lübeck, pero remitiendo de modo explícito al Derecho del *Reich*. Sin embargo, Hamburgo establece también una disposición constitucional parecida a la ley de ciudadanía reiterada en la Constitución del 13 de octubre de 1879 vigente, artículo 5, norma sobre la igualdad de derechos de las confesiones religiosas. Bremen, en cambio, ha dejado inalteradas un gran número de disposiciones abrogadas por leyes del *Reich* en su Constitución revisada del 1 de enero de 1894 en la sección sobre los derechos de los ciudadanos de Bremen.

(11) Las Constituciones de Würtemberg (§ 3), Baden (§§ 1, 2), Hesse (art. 2) y otras declaran todavía a los respectivos Estados como partes de la Federación alemana y confían al monarca el derecho de promulgar las decisiones del desaparecido Parlamento federal de Francfort como leyes federales. ¡La Constitución de Brunswick (31) aún remite a las decisiones del Parlamento federal contra el abuso de la libertad de prensa! El número de estas curiosidades jurídicas de los Estados federados podría aumentarse.

CAPITULO III
MUTACION DE LA CONSTITUCION POR LA PRACTICA PARLAMENTARIA, POR LA ADMINISTRACION Y POR LA JURISDICCION

Las leyes constitucionales suelen rodearse de garantías específicas para asegurar su inquebrantabilidad. Se han imaginado modos variadísimos para protegerlas contra modificaciones precipitadas. Solamente donde se dan semejantes formas puede hablarse propiamente de leyes constitucionales en sentido jurídico. Cuando faltan tales garantías esas leyes no se distinguen en nada, según el Derecho constitucional, de las otras (12). Ahora bien, las experiencias prácticas que se han hecho con estos medios obstaculizadores de la reforma de la Constitución, no han respondido a las esperanzas que se atribuyen a su eficacia. Ciertamente, para que las reformas constitucionales prosperen es preciso observar las formalidades exigidas. Si se establece constitucionalmente el Derecho de sufragio restringido en lugar del sufragio universal o al revés, ello sólo puede hacerse desde luego mediante una ley elaborada, observando las vías de la reforma de la Constitución. No obstante, los límites de la Constitución, como los de la ley, son siempre inciertos y no hay ninguna garantía de que leyes que pretenden basarse en la Constitución no la contravengan a pesar de todo, produciendo así un cambio de la Constitución que no lo querían o, por lo menos, no lo pretendían explícitamente. Los preceptos constitucionales a menudo son oscuros o extensos y sólo el legislador les da sentido preciso mediante leyes que los concretan de modo muy parejo a como el juez, primero, toma conciencia clara del contenido de las leyes que ha de

(12) Cfr. Jellinek: *Allgemeine Staatslehre,* pág. 520.

aplicar. Así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta las necesidades y opiniones variables de los hombres (13), lo mismo ocurre con el legislador, cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución. Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación. No sólo el legislador puede provocar semejantes mutaciones, también pueden producirse de modo efectivo mediante la práctica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales. Han de interpretar las leyes y también las normas constitucionales, pero de modo subrepticio una ley constitucional puede adquirir, poco a poco, un significado totalmente distinto al que tenía en el sistema jurídico originario. En lo que atañe a los Parlamentos en principio tienen que decidir, ante todo, sobre la constitucionalidad de sus resoluciones. Si la resolución del Parlamento depende de un acto del Gobierno para alcanzar su validez, entonces cabe la posibilidad de evitar una desviación de la Constitución. Sin embargo, cuando la decisión gubernamental coincide con la parlamentaria, entonces no hay ningún medio para evitar tal desviación. Ahora bien, si una Cámara aprueba de manera definitiva una resolución que contraviene a la Constitución, entonces no hay posibilidad alguna de que tengan validez las prescripciones constitucionales. Si se da de forma constante una actuación inconstitucional de este tipo, puede surgir una mutación de la Constitución.

---

(13) O. Bülow: *Gesetz und Richteramt,* 1885, estableció la doctrina del poder creador de Derecho de los jueces. Esta doctrina ha suscitado un número, cada vez mayor de seguidores. Cfr. en la literatura más reciente, entre otros, Unger: *Uber die Haftung des Staates für Verzugs - und Vergütungszinsen,* en *Grünhuts Zeitschrift, XXXI,* 1904, pág. 108 y ss.; Eugen Ehrlich: *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft und Rechtsschöpfung, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik XXII,* 1906, pág. 355 y ss. Cfr., en el último, pág. 369 un índice de los partidarios de esta orientación cuyas consideraciones, sin embargo, son de diferente valor.

Esto puede ocurrir en concreto con las prescripciones de los reglamentos parlamentarios. Tales reglamentos pueden crear derecho dentro de los límites de la Constitución o de la ley. Si recordamos las instituciones estamentales de la Edad Media, la competencia de los Parlamentos tenía carácter autónomo, pero esto no armoniza con la idea de la posición orgánica del Parlamento en el Estado. Tampoco es cierto, aunque se ha dicho, que los reglamentos parlamentarios solamente crean Derecho estatutario entre los miembros de las Cámaras (14), ya que sus efectos también pueden ser externos, como veremos a continuación. Los reglamentos parlamentarios se relacionan jurídicamente con la Constitución como un decreto con la ley. Ahora bien, mientras que normalmente hay una garantía jurídica que asegura que los decretos respeten los límites legales, no encontramos regla semejante respecto de los reglamentos parlamentarios.

Ejemplos concretos lo demuestran. En primer lugar, un caso famoso e instructivo de la historia parlamentaria francesa. El reglamento de la Cámara de los diputados contaba, en la época de la Restauración, con medidas disciplinarias muy graves contra un diputado: el voto de censura debía anotarse en el acta de la sesión. En la sesión del 26 de febrero de 1823, el famoso diputado radical Manuel aludió a la ejecución de Luis XVI. En consecuencia, fue excluido unos días más tarde de la sesión ordinaria a pesar de la protesta de una minoría considerable contra medida tan drástica. No obstante, la mayoría impidió la lectura de la protesta (15). Ningún medio legal pudo esgrimir el diputado excluido, ni tampoco cualquier otro reglamento. Un diputado excluido ilegalmente de la Cámara no puede obligar a que se le readmita en ella por medios legales. El Gobierno podría, en tal caso, disolver la Cámara (si dispone de esa facultad). Pero esto no puede tomarse seriamente en cuenta en la medida en que cae en el ámbito de la posibilidad política.

(14) Laband: *Staatsrecht,* I, pág. 319.

(15) Cfr. Eugene Pierre: *Traité de droit politique électoral et parlementaire,* 2.ª ed., París, 1902, pág. 5025.

Además, el artículo 18 de la *Charte Constitutionnelle* dispuso que toda ley debe elaborarse mediante decisión libre de la mayoría de cada una de las Cámaras (16). Ahora bien, no precisaba qué clase de mayoría y no existía precepto alguno que lo señalara, de modo que la cuestión del número de miembros imprescindible para el *quórum* quedó pendiente. Entonces según el reglamento de la Cámara de los Pares se decidió que un tercio de los Pares formaría el *quórum,* mientras que en la Cámara de los diputados era necesario, para la validez de sus resoluciones, la presencia de la mayoría de sus miembros. Se rechazaron las mociones que pretendían reducir este *quórum,* así como las que lo restringían a un tercio como en la Cámara de los Pares, por considerarlas inconstitucionales la Cámara de los Diputados. Sin embargo, indudablemente, la misma disposición constitucional regía tanto para la Cámara de Pares como para la de los Diputados. Lo que era inconstitucional en una tenía que serlo también en la otra. Por lo tanto, la Cámara de los Pares realizó, por medio de su reglamento, una mutación de hecho de la Constitución, estableció un *fait accompli* contra el sentido claro del artículo 18 de la *Chartre* y nadie manifestó reparos a su firmeza jurídica *(Rechtsbeständigkeit).* Otro ejemplo, famoso y más reciente, de una disposición reglamentaria que infringe un precepto concreto constitucional, versa sobre la licitud de las sesiones secretas en el *Reichstag*. Desde el punto de vista jurídico-político se afirmó la nulidad de las resoluciones adoptadas en una sesión secreta del *Reichstag* (17). Ahora bien, si tales resoluciones lograran la aprobación del *Bundesrat* y las promulgase el *Kaiser,* no habría ningún medio para convalidar aquélla nulidad (18).

---

(16) *Toute loi doit être discutée et votée librement par la majoritée de chacune des deux chambres*. Cfr. sobre lo siguiente Pierre, pág. 1123.

(17) Cfr. Kurt Perels: *Die Zulässigkeit und Bedeutung geheimer Plenarverhandlungen des deutschen Reichstages, Archiv für öffentliches Recht XV,* pág. 548 y ss. y la literatura mencionada allí mismo.

(18) Otros ejemplos de mutación constitucional mediante prescripcio-

Si bien las Constituciones carecen de protección en algunos puntos frente a su mutación a través de los reglamentos parlamentarios, tales mutaciones completan, a menudo, la función normal de los textos constitucionales. De manera muy asistemática, se han incluido algunas disposiciones sobre los procesos parlamentarios en muchas Constituciones (19). Además, muchos Estados cuentan con normas especiales sobre el reglamento. Ahora bien, las lagunas de la Constitución y de la ley se han colmado mediante preceptos parlamentarios. Las leyes constitucionales francesas actuales carecen de prescripciones sobre el cumplimiento de las resoluciones de las Cámaras, a no ser que se trate de una revisión de la Constitución. Por eso, todas las reglas sobre el *quórum* (20) y acerca de la decisión de la mayoría necesaria son establecidas legalmente de modo distinto, se dejan plenamente al criterio de cada Cámara (21). Que una moción se rechace en caso de empate es una prescripción

---

nes del reglamento parlamentario en Jellinek: *Allgemeine Staatslehre,* pág. 524 y ss. Me interesa ahora rectificar, pues allí incurrí en omisión al revisar las pruebas de imprenta. Decía que la Constitución de Prusia ignora el juramento constitucional de los miembros de la Cámara, pero hay que aclarar que la Constitución prusiana (art. 108) no establece coerción alguna sobre el juramento constitucional. El reglamento de la Cámara excluye de la misma a los miembros que rehusen tal juramento. Ahora bien, como se supone hoy por lo general, si el rey no presta juramento constitucional (art. 54), ello no produce consecuencias jurídicas para él, porque no están previstas en la Constitución, del mismo modo el artículo 108 tiene que considerarse como una *lex imperfecta.* Por eso carece de base la tesis de Glockner, *Badisches Verfassungsrecht,* 1905, pág. 165, según la cual en Baden, donde las circunstancias son semejantes a las de Prusia (Cfr. el texto constitucional de Baden § 69), el rechazo definitivo de prestar juramento constitucional por un diputado significa la dimisión de su mandato.

(19) Así, por ejemplo, la Constitución de Bélgica (art. 39) establece que la votación en las Cámaras ha de hacerse, oralmente o poniéndose de pie los parlamentarios; si es sobre la totalidad de la ley se votará nominal y oralmente. Además, a tenor del artículo 41, se votará la ley artículo por artículo.

(20) Cfr. Pierre, pág. 1124 y ss.

(21) Pierre, pág. 140 y ss.

del reglamento, pero no de la Constitución (22). Es evidente que en el caso de una Constitución no escrita, como en Inglaterra, el significado del reglamento parlamentario para el desarrollo del Derecho constitucional material, es mucho más importante que en el caso de una Constitución escrita.

No sólo el reglamento, también las resoluciones legislativas de las Cámaras interpretan la Constitución y pueden, por tanto, transformarla. Normalmente las mismas Cámaras deciden sobre la necesidad de observar las formas que modifican la Constitución (23). Si el Gobierno acepta la opinión de las Cámaras, ya que en la mayoría de los Estados los jueces carecen del Derecho a examinar la constitucionalidad material de las leyes, entonces no hay medio alguno para proteger a la Constitución contra una mutación ilegal debida a una interpretación ilegítima.

En segundo lugar, hay otras instancias que interpretan a las Constituciones, es decir, no sólo los tribunales, además las autoridades administrativas. Ciertamente las decisiones de éstas pueden controlarse judicialmente mediante las instituciones de la jurisdicción administrativa, pero hay bastantes casos en los que no existen controles jurídicos de la administración. En todo Estado hay principios administrativos que no se han introducido, o fijado, mediante proposiciones jurídicas y ofrecen una imagen de la realidad política, frente a la indeterminación de la posibilidad jurídica. Si una Constitución garantiza la igualdad de acceso a los cargos administrativos a sus ciudadanos normalmente no es óbice, para elegir una profesión, una nacionalidad, o una confesión, sin que esto pueda impedirse con medidas jurídica-

(22) Los presidentes del Senado y de la Cámara de Diputados son excluidos en cada votación; tampoco pueden inclinar la balanza en caso de empate, como, por ejemplo, ocurre con el *Speaker* de la Cámara baja inglesa. Pierre, pág. 1140.

(23) En el *Reich* alemán es el *Bundesrat* (la Cámara alta), la que decide exclusivamente, según la Constitución del *Reich*, artículo 78, sobre la existencia de una reforma de la Constitución. Como el *Bundesrat* delibera y decide en secreto, no sabemos nada con certeza sobre sus votaciones.

mente efectivas. Empero, en casos singulares y mediante el cambio de las concepciones sobre la licitud de una competencia constitucional ejercida anteriormente, puede darse un cambio de la Constitución. Sobre esto voy a subrayar el ejemplo siguiente que es particularmente concluyente.

En el gran ducado de Baden el gran duque —según la Constitución del 22 de agosto de 1818— ejerce todos los derechos del poder estatal por sí mismo según las condiciones establecidas en el texto constitucional (24). Entre estos derechos de la autoridad pública no figuraba el de gracia aunque lo utilizó frecuentemente el actual Gran Duque. Tanto en casos de amnistías generales hasta 1857, como en casos singulares hasta 1865. Pero más tarde la opinión del Gobierno cambió, probablemente presionado por la idea que sería mejor intervenir, lo menos posible, en el funcionamiento de la administración de la justicia penal. En otro lugar de la Constitución se dice: el gran duque puede aminorar las penas establecidas o indultarlas totalmente» (25). Se argumenta que este texto que retiene los derechos constitucionales del monarca respecto a la justicia penal, no versa sobre el Derecho de gracia, de modo que ya no compete al jefe del Estado; así desde mediados de los años sesenta no se ha dado caso alguno. Un Derecho que era ejercido imparcialmente hasta la fecha como Derecho de majestad durante casi medio siglo ha sido eliminado por la interpretación gubernamental (26). La letra de la Constitución no se ha cambiado, pero ella misma ha sufrido una mutación profunda en un punto que no carece de importancia. No es preciso explicar a quien reconoce el poder creador de los jueces que la interpretación judicial de un precepto constitucional puede desarrollarse de modo progresista o retrógado. Solamente he de indicar que en el precepto que declara el ejercicio de los derechos civiles y políticos con independencia de la confesión religiosa, coin-

(24) § 4.

(25) § 15.

(26) Cfr. Heimberger: *Das landesherrliche Abolitionsrecht*, 1901, pág. 66.

ciden las Constituciones de muchos Estados, así Suiza (27) y Austria (28) y, sin embargo, este precepto adquiere también, mediante sentencias judiciales, un sentido propio peculiar en cada uno de estos Estados.

En Suiza, el Tribunal federal consideró derogadas por la Constitución federal las restricciones electorales vigentes en varios cantones, respecto de los eclesiásticos, a pesar de que aquélla excluye a los clérigos para que puedan ser elegidos miembros del Consejo Nacional y del Consejo de los Cantones (29). En cambio, en Austria el juez ha considerado todavía vigentes las normas del Código Civil general de 1811 incompatibles con aquel precepto constitucional, que niega a determinadas personas la capacidad para contraer matrimonio por razones confesionales (30). A pesar de estas normas similares, la posición juridica del austriaco es completamente distinta de la del suizo en cuestiones confesionales.

Estas manifestaciones nos abren el camino para encontrar un medio que proteja las Constituciones, que a primera vista se elija como la muralla más sólida contra los abusos anticonstitucionales del mismo legislador. La encontramos en la conocida institución de los americanos, según la cual los tribunales pueden juzgar la constitucionalidad material de las leyes. En América, el legislativo tiene sólo un poder limitado en la Unión y en sus Estados miembros; lo que no es confiado expresamente al legislativo queda reservado a la legislación constitucional, que corresponde a órganos diferentes de los encargados de producir la legislación

---

(27) "El ejercicio de derechos civiles o políticos no debe limitarse por ningún precepto o condición clerical o religiosa". Constitución federal del 29-5-1874, art. 49.4.

(28) "El disfrute de los derechos civiles o políticos es independiente de la confesión religiosa". Ley fundamental del Estado sobre los derechos generales de los ciudadanos del 21 de diciembre 1867, art. 14.2.

(29) Cfr. Blumer-Morel: *Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts*, I, pág. 343.

(30) §§ 63, 64, 111.

ordinaria y se ejerce por medio de procedimientos distintos de los ordinarios. Al juez se confía, en América, la protección del pueblo frente a los abusos de las legislaturas de la Unión, contra los abusos de los Estados miembros, y a éstos frente a los de la Unión. Es decir, no solamente los tribunales federales, también los de los Estados miembros tienen el derecho y la obligación de examinar la constitucionalidad de las leyes (31).

¿Cómo funciona este sistema en la práctica? Ante todo, hay que indicar el hecho, hasta ahora no conocido suficientemente en Europa, que esta protección de la Constitución descansa en algo eventual (32). En efecto, el juez decide solamente a demanda de parte, es decir, depende de si se plantea un litigio en el que hay que examinar la constitucionalidad de una ley. En el histórico *Dred Scott Case,* cuya decisión influyó en el estallido de la guerra civil, una ley promulgada en el año 1820 fue declarada nula en 1857 —después de 37 años de vigencia—. Por tanto es posible que una ley esté vigente e incólume décadas hasta que se declare inconstitucional por el juez. Además, ha ocurrido que en un caso una ley fue declarada inválida y en otro válida, ya que una decisión anterior no obliga al juez en una causa posterior. Finalmente, es muy importante para valorar este sistema, tener presente que únicamente las partes y nunca los otros dos poderes del Estado, están vinculados por un acto del poder judicial (33). No se puede afirmar

(31) Cfr. Bryce: *The American Commonwealth,* 3.ª ed., 1903, I, caps. XXII-XXIV, XLII; Cooley: *The general principles of Const., Law in the U.S. of A.*, Boston, 1880, pág. 145 y ss.

(32) He de mencionar, sólo incidentalmente, que el número de los jueces del Tribunal Supremo de la Unión puede cambiarse en todo momento mediante una ley del Congreso y de hecho se ha modificado varias veces por razones políticas; además, el presidente puede cubrir las vacantes de jueces con la aprobación del Senado según consideraciones políticas. Cfr. Bryce, en otro lugar, I, pág. 275 y ss.

(33) Cfr. las interesantes indicaciones de Tiedemann, *The unwritten Constitution of the United States,* New York-London, 1890, pág. 160 y ss.

que semejante situación sea conveniente para la seguridad jurídica.

Ahora estudiaremos algunos casos relacionados con el Derecho de los jueces a examinar la firmeza *(Festigkeit)* de los preceptos constitucionales.

Durante la guerra de secesión, la Unión se vio obligada a emitir billetes de curso obligatorio (los llamados *greenbacks*). Ningún artículo de la Constitución autorizaba al Congreso a hacerlo. No obstante, el juez decidió que como el Congreso tiene derecho a declarar la guerra, la Constitución le autoriza para promulgar todas las leyes necesarias para el ejercicio de sus poderes constitucionales, dado que los recursos pecuniarios son necesarios para conducirla, en consecuencia la Unión puede procurarse esos fondos como quiera. Después, al acabar la guerra, no cesó la emisión de billetes. Ahora bien, el juez encontró una segunda cláusula de la Constitución, en la cual basó esta facultad para tiempos de paz, a saber: la de "prestar dinero sobre el crédito de los Estados Unidos". Más tarde se extrajeron otras argumentaciones del texto de la Constitución y del concepto de soberanía, pero como resultado definitivo se produjo el reconocimiento de una competencia totalmente nueva de la Unión (34).

Aún más característicos son los casos que versan sobre la interpretación del precepto constitucional de la Unión que prohíbe a los Estados la promulgación de cualquier ley que merme la obligatoriedad de los contratos (35). En el caso de una aplicación estricta de estos preceptos se impediría toda

---

(34) Sobre los *Legal tender cases*, cfr. Brinton Coxe, *An Essay of Judicial Power and Inconstitutional Legislation*, Philadelphia, 1893, pág. 27 y ss., 34 y ss.; Cooley, pág. 80; Tiedemann, pág. 135 y ss.; Brice, I, pág. 270.

(35) *Const. of the United States*, art. 1, sect. 10: *No state shall... pass any... law impairing the obligation of contracts*. Es significativo que en más de un tercio de los casos, en los cuales leyes de los Estados fueron anuladas por el Tribunal Supremo de la Unión, esto ocurrió porque contravinieron la norma constitucional. Coxe, pág. 22.

limitación del contrato de trabajo con fines protectores de la relación laboral. En efecto, numerosas leyes sobre la prohibición de la permuta y de la regulación de las horas de trabajo, fueron declaradas inconstitucionales por los tribunales de los Estados miembros. No obstante, en otros Estados la decisión judicial se decantó en favor de la constitucionalidad, pues el examen de las leyes en cuestión se hizo desde otros puntos de vista (36).

Así los tribunales declararon que la limitación legal de las horas de trabajo es una medida sanitaria cuya adopción compete al poder legislativo (37). Ahora bien, el Tribunal Supremo de la Unión decidió, en el año 1905, que todas estas leyes de los Estados miembros eran contrarias a la Constitución de la Unión. Sin embargo, en América se abriga la firme esperanza que este alto Tribunal cambiará muy pronto su opinión en otros supuestos y descubrirá un principio jurídico que posibilite la protección legal del trabajador.

Como en Europa, también en América se han promulgado numerosas leyes que limitan la libertad contractual para proteger al público, así el impuesto a los conductores de coches de punto y a las personas de servicio, la prohibición de loterías, la fijación de los precios del gas y del agua, limitaciones o incluso prohibición total de la venta de bebidas alcohólicas. Los tribunales han declarado que estas medidas son lícitas porque han reconocido que la libertad contractual total podría llevar, como cualquier otra libertad ilimitada, a la carencia total de protección del individuo y del Estado (38). El individuo y la comunidad quedarían totalmente inermes ante empresas explotadoras, si no se pusieran límites legales a la libertad contractual.

La cuestión sobre cuales sean estos límites se confía al arbitrio de los tribunales dada la indeterminación de los pre-

---

(36) Cfr. sobre esto pruebas detalladas en el tratado del californiano Walter Loewy: *Die bestrittene Verfassungsmässigkeit der Arbeitergesetze in den Vereinigten Staaten,* Heidelberg, 1905, pág. 54 y ss.

(37) E. Freund: *The Police-Power,* Chicago, 1904, §§ 310 y ss.

(38) Cfr. Freund, §§ 59, 73, 385, 389, etc.; además Loewy, pág. 67 y ss.



ceptos constitucionales en éste y en otros casos. Por lo tanto, en América, el juez ocupa efectivamente el lugar del legislador constitucional. No sin razón se califica a los tribunales, en América, como tercera cámara legislativa. El juez se encuentra al decidir sobre la constitucionalidad de las leyes bajo la presión enorme de la opinión pública, a menudo escindida en partidos, porque en la democracia se incide con fuerza irresistible sobre todo el que actúa en la vida pública. Por lo tanto, la opinión del juez sobre la ley en cuestión está, por mucho que se piense objetivamente, teñida políticamente en muchos casos. Esto explica por qué los jueces solamente rehusan, en casos excepcionales, el examen de una ley, puesto que propenden a tener en cuenta la necesidad política que el legislador suscitó con sus actos. El Tribunal Supremo de la Unión declaró sólo veintiuna leyes del Congreso inconstitucionales en el primer siglo de su actividad (1789-1889), mientras que la misma Corte de justicia estimó, durante el mismo período, que 177 leyes de todos los Estados miembros eran contrarias a la Constitución federal. Considerando el gran número de Estados miembros y la producción legislativa de cada uno de ellos en términos relativos es aún menor el número de leyes estatales estimadas inconstitucionales, que el volumen de leyes federales que han merecido esa tacha (39).

Estos datos aclaran que ningún país del mundo cuenta con tan escasas leyes modificadoras de la Constitución como la Unión americana. Desde hace un siglo solamente se aprobaron tres enmiendas constitucionales que fueron consecuencia necesaria de la guerra civil. Esta permanencia notoria es posible porque los juristas americanos sentaron la doctrina de los "*Implied powers*" (poderes implícitos). En el texto de la Constitución duermen hasta ahora poderes

(39) Cfr. Coxe, pág. 22. Esta estadística no es totalmente fiable, porque —como subraya Coxe— en las declaraciones oficiales se mencionan solamente 20 casos de leyes del Congreso anuladas, y entre éstas no figura el famoso caso *Dred-Scott*. Falta una estadística sumaria sobre las decisiones judiciales de los Estados miembros.

desconocidos que descubre la legislación y luego, definitivamente, les da vida el juez. A los americanos les gusta decir que en la historia mundial sólo hay tres documentos cuyas palabras han sido interpretadas tan a fondo como su Constitución: la Biblia, el Corán y el Digesto. Ahora bien, el arte máximo del intérprete no consiste en la interpretación externa, sino en la interna. "Que la interpretación sea firme y despierta, sino interpretáis, entonces subsiste lo que está debajo". Estas palabras poéticas se convierten en máxima suprema para la mutación de la Constitución mediante la interpretación judicial.

CAPITULO IV
LA NECESIDAD POLITICA COMO TRANSFORMADORA DE LA CONSTITUCION

Omne ius consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo. En nuestras doctrinas sobre las fuentes del Derecho se habla poco de la *necessitas,* mencionadas por Modestino como poder creador del Derecho. Sin embargo, juega un papel enorme en la vida de las Constituciones. Todos los acontecimientos históricos que conmueven fuera del Derecho, los fundamentos del Estado, suscitan tal *necessitas.* Las usurpaciones y las revoluciones provocan en todas partes situaciones en las que el Derecho y el hecho, aunque tienen que distinguirse estrictamente, se transforman el uno en el otro. El *fait accompli* —el hecho consumado— es un fenómeno histórico con fuerza constituyente, frente al cual toda oposición de las teorías legitimistas es, en principio, impotente.

No sólo en los momentos cruciales de la historia de los Estados, también durante el curso de la vida normal de los mismos, esa *necessitas* puede surgir de manera sorprendente y transmutar la organización estatal contra la letra de la Constitución. Cabe estudiar este notable fenómeno con total claridad cuando se crean *ex novo* las Constituciones, porque no hay previsión humana capaz de determinar la formación real de nuevas instituciones que no han sido experimentadas. Muy a menudo la institución planeada sufrirá, en semejantes casos, sin cambio alguno de los textos legales afectados una transmutación posiblemente muy profunda, a causa de circunstancias previstas o imprevistas, y tal vez en seguida o al poco tiempo. Como ejemplo muy interesante elegimos la Constitución del *Reich* alemán,

porque la organización del Imperio debe su origen a un poderoso proceso de formación estatal que no tiene rival en la historia reciente.

La Constitución ordena: «corresponde al Emperador convocar al *Bundesrat* y al *Reichstag*, inaugurarlos, suspender sus sesiones y clausurarlas». La convocatoria del *Bundesrat* y del *Reichstag* se produce cada año y es posible convocar al *Bundesrat* sin el *Reichstag* para la preparación de los trabajos, pero no puede convocarse al último sin llamar al *Bundesrat*. La convocatoria del *Bundesrat* tiene que hacerse tan pronto como lo pida un tercio de los votos (40). Ahora bien, la última convocatoria del *Bundesrat* fue el 22 de agosto de 1883. Desde entonces este colegio no se clausuró (41). Las funciones tan diversas que ejerce este organismo, legislativas, administrativas y judiciales en medida siempre creciente, no pueden interrumpirse por más tiempo que la actividad de un ministerio o de un tribunal. Por lo tanto, el *Bundesrat* se ha convertido en una cámara permanente en contraposición al texto de la Constitución del *Reich*; hecho que los constitucionalistas alemanes apenas pueden aceptar. Algunos lo ignoran incluso totalmente. Todavía en la reciente edición de su gran obra Laband no dice sobre esto una sola palabra. Más bien afirma textualmente: "El *Bundesrat* no es una asamblea permanente como lo fue el *Bundestag* en Francfort, o como correspondería al concepto de un ministerio del *Reich*, sino que se reúne solamente temporalmente cuando se le convoca" (42). Sin embargo, Laband fue consecuente en tanto que no reconoce un Derecho consuetudinario derogatorio de la Constitución. Esta situación de hecho tampoco la mencionan Georg Meyer (43) y Ardnt (44). El último —a quien tanto gusta oponer la práctica a la teoría— no extrae de esta práctica

(40) Arts. 12-14.

(41) *Reichsgesetzblatt*, pág. 285.

(42) Laband: *Staatsrecht*, I, pág. 253.

(43) Meyer-Anschutz: *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, pág. 432.

(44) Arndt: *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1901, pág. 96 y ss.

nada de relieve aunque hace consideraciones profundas si bien escasamente útiles sobre la situación del *Bundesrat* tras su convocatoria por el Emperador. Seydel intenta justificar la situación contradictoria con el texto de la Constitución del *Reich* indicando que sólo importa saber si lo que la Constitución quiere sucede realmente. Es suficiente que el *Bundesrat* y el *Reichstag* se reúnan anualmente y, por eso, la prescripción sobre la convocatoria anual del *Bundesrat* no tiene que cumplirse literalmente (45). No obstante, Seydel se contradice con semejante afirmación porque unas líneas antes sostiene que el *Bundesrat* no es jurídicamente una Asamblea permanente. Pero si el *Bundesrat* es así, en términos jurídicos, entonces no puede ajustarse al Derecho si es permanente. En cambio, Zorn (46) comprueba, justamente, que el *Bundesrat* se ha convertido, desde hace mucho tiempo, en un colegio permanente y que los preceptos citados de la Constitución del *Reich* son superfluos en lo esencial. Por cierto, sin duda, es un Derecho constitucional del emperador clausurar el *Bundesrat,* pero su ejercicio manifestaría una grave desarticulación del organismo imperial.

Es indudable que el no convocar y cerrar el *Bundesrat* es incompatible con el texto y la intención de la Constitución del *Reich* y, del mismo modo, no hay duda que aquí ha ocurrido una mutación irreductible de la Constitución. Hoy el carácter permanente del *Bundesrat* a nadie se le antoja inconstitucional; incluso quienes comprueban la contraposición del hecho y del Derecho no sacan de ello consecuencia alguna respecto a la práctica.

Mucho más importante es la mutación experimentada en la posición del canciller del *Reich* en la primera fase de su experiencia como canciller federal de la Unión alemana del

(45) Seydel: *Kommentar zur Verf. Urkunde für das Deutsche Reich,* 2.ª ed., pág. 168.

(46) Zorn: *Das Staatsrecht des deutschen Reiches,* 2.ª ed., pág. 159 y ss. La permanencia efectiva del *Bundesrat* en oposición al Derecho también la subraya Anschütz: *Grundzüge des deutschen Staarsrechts,* en Kohler: *Enzyklopädie der R. W., des deutschen Reiches,* 1901, pág. 63.

Norte. Esto sólo puede explicarse siguiendo el despliegue histórico de tan importante institución, cosa que no trataremos en detalle (47). El canciller del *Reich* reúne en sí tres cualidades jurídicas que deben distinguirse con cuidado. Es presidente del *Bundesrat*, plenipotenciario de Prusia al *Bundesrat* y, finalmente, ministro del *Reich* responsable ante el emperador. Según el texto de la Constitución del *Reich* sólo los miembros del *Bundesrat* o los comisarios delegados por el *Bundesrat*, pueden presentarse en las sesiones del *Reichstag*, y sólo ellos tienen el derecho de pedir la palabra representando las opiniones de su Gobierno o las propuestas del *Bundesrat* (48). Además, el *Bundesrat* es plenamente irresponsable ante el *Reichstag*, ya que evidentemente es un factor legislativo frente al otro. Por lo tanto, el canciller del *Reich* sólo puede pedir la palabra en el *Reichstag* en su calidad de plenipotenciario de Prusia. En concordancia con la Constitución, el reglamento del *Reichstag* concede la palabra solamente a los miembros del *Bundesrat* y a los comisarios delegados para su representación (49). Quien puede hablar no es el ministro responsable ante el emperador alemán, sino el plenipotenciario del rey de Prusia, que no es responsable ante el *Reichstag*. Cuando el príncipe Bülow expuso la política exterior del *Reich* ante el *Reichstag*, se extralimitó en sus competencias, pues esta política no es asunto de Prusia, y del mismo modo el canciller del *Reich* puede prohibir, en las sesiones del *Reichstag*, cualquier crítica contra él a propósito de sus palabras y actos porque comparece ante el *Reichstag* sólo como miembro del *Bundesrat*, sin responsabilidad. Desde luego nunca se ha oído que un presidente del *Reichstag* llamase la atención al canciller del *Reich* sobre los límites constitucionales de su

---

(47) Cfr. sobre esto Haenel: *Studium zum deutschen Staatsrecht*, II, pág. 4 y ss., Laband: *Wandlungen*, pág. 4 y ss.

(48) Constitución del *Reich* alemán, arts. 9 y 16.

(49) Reglamento § 43. Además de los miembros de la Cámara y del *Bundesrat*, así como sus comisionados, sólo los que asisten del *Bundesrat* pueden tomar la palabra a petición de los mencionados en el *Reichstag*.

posición en la Cámara. Al contrario, el *Reichstag* se ha atribuido incluso el derecho de interpelación frente al canciller del *Reich* (50), aunque lo ha hecho ajustándose,

---

(50) Reglamento del *Reichstag* § 32. Las interpelaciones se dirigen al *Bundesrat* y se remiten al canciller del *Reich*. La contestación a la interpelación se hace mediante una declaración del canciller del *Reich*. Cfr. Kurt Perels: *Das autonome Reichstagsrecht,* 1903, pág. 65. Aquí trataremos concisamente el punto en litigio, de si el *Reichstag* posee el "derecho" a interpelar o no, para señalar, finalmente, que se plantea un problema falso: El *Reichstag* no tiene en absoluto derechos subjetivos: desempeña competencias estatales (Cfr. Jellinek, obra citada, pág. 546 y ss.). Por lo tanto, se trata, exclusivamente, de decidir la cuestión de si el *Reichstag* es competente para interpelar o no. Cuando Laband: *Staatsrecht,* I, pág. 284 y ss., sostiene, como es sabido, que el Derecho de interpelación es un pseudo Derecho, porque el Gobierno no está obligado a contestar, y, por tanto, no es otra cosa que la capacidad general, que tienen muchos, para preguntar al Gobierno, que puede contestar o no a su gusto, no hay que olvidar que no parece lógico que el *Reichstag* pueda ejercer "capacidades generales". Escribir cartas y compartir con alguien sus opiniones por escrito, también son capacidades generales. Ahora bien, si alguna vez el *Reichstag,* por medio de su presidente, quiere comunicarse con un monarca extranjero o un hombre de Estado, cosa que no prohíbe expresamente la Constitución, entonces todos los profesores de Derecho político se pronunciarían contra semejante extensión arbitraria de las competencias del Parlamento alemán. Las competencias para interpelar dependen, más bien, de su completo desarrollo histórico que está estrechamente unido con la responsabilidad ministerial. Si falta ésta, entonces puede considerarse inconstitucional cualquier interpelación. La Constitución del Segundo Imperio dispuso, hasta 1867, que los ministros no eran responsables ante las Cámaras. De modo que así se negó cualquier interpelación (Pierre, *ob. cit.,* pág. 792).

Duguit-Monnier: *Les Constitutions de la France 1898,* págs. 272, 275, núm. 3. Por otro lado, una competencia se distingue de un Derecho por el hecho que aquélla no corresponde a una obligación. Las autoridades administrativas disponen de abundantes competencias, a las que no corresponde obligación alguna de otros, pensemos sólo en las medidas discrecionales. Las autoridades administrativas (Ley de Enjuiciamiento Criminal, 420) han de intentar actos de conciliación en casos de injurias, que no obligan a las partes. El presidente de la Sala de lo Criminal es competente para interrogar al acusado, sin embargo, éste no está obligado a contestar. La legislación industrial confía expresamente (§ 103 e) a las Cámaras de artes

prudentemente, al reglamento de la Cámara, el canciller representa en el *Reichstag* realmente la política del Imperio alemán, no la prusiana: la del *Reich,* no la del Estado miembro prusiano en relación con los otros miembros de la Federación. Por lo tanto, el ministro del *Reich* entró en el *Reichstag* sin apoyo en la Constitución. Estos hechos consumados es cierto que no los ignora la doctrina alemana del Derecho constitucional, pero tampoco aquí señala, expresamente, que la letra de la Constitución es absolutamente incompatible, en todo tiempo, con la situación real.

Me interesa añadir aquí una tercera mutación operada mediante la *necessitas:* la ley sobre la lugartenencia, o sustitución, del 17 de marzo de 1878, creada por Bismarck, dispuso que el emperador puede designar sustitutos del canciller responsables con derecho de refrendo si éste lo solicita en caso de impedimento. Por lo tanto, tales sustitutos son institutos facultativos, que dependen de la voluntad del canciller del *Reich,* de si quiere proponerlos o no. Pero, en realidad, el canciller no puede dirigir las tareas de todas las autoridades superiores del *Reich.* Ningún hombre sólo es capaz de asumir la responsabilidad enorme de los asuntos de un Imperio con sesenta millones de habitantes. Por consiguiente, los sustitutos responsables se han convertido en institutos permanentes, los secretarios de Estado han adquirido la posición de viceministros del *Reich* (51), y el texto de la Constitución imperial que caracteriza al canciller del

---

y oficios la competencia para apoyar a las administraciones del Estado y de los municipios en el fomento de la artesanía mediante participaciones efectivas, etc., y además de presentar a las administraciones peticiones y solicitudes sobre la situación de la artesanía. A esta competencia no corresponde obligación alguna de las autoridades de acceder a tales peticiones. No obstante, se trata aquí de una competencia jurídica reconocida, expresamente, por el legislador del *Reich.* Sería muy interesante investigar alguna vez, detalladamente, las competencias parlamentarias desde el falso punto de vista del Derecho subjetivo, en su significado y su función. Especialmente sería muy valiosa una exposición histórica y jurídica comparada del Derecho de interpelación.

(51) Laband: *Staatsrecht, I,* pág. 359.

Reich como único ministro responsable del mismo ya no coincide, en adelante, con la realidad (52). En cambio, la teoría trata todavía mayoritariamente el instituto permanente de los sustitutos según el texto legal, como algo simplemente facultativo, o no menciona que ha cambiado su esencia originaria.

---

(52) Laband: *Wandlungen,* pág. 17, *Staatsrecht, I,* pág. 357, subraya el carácter permanente; en cambio, *Zorn, I,* pág. 263, lo califica expresamente como facultativo; Meyer, pág. 462; Anschütz, pág. 557; Loening, pág. 118; Seydel, pág. 180, V. Jagemann: *Die deutsche Reichsverfassung,* 1904, pág. 114, subrayan y explican las normas de la Ley de sustitución, pero no mencionan la necesidad práctica de la misma. No encontramos pruebas detalladas sobre la práctica de la sustitución: si a los sustitutos de departamentos siempre se les confían ámbitos completos de negocios o solamente sectores concretos (Ley de sustitución § 2), si el Canciller del *Reich* dispone de poder para ejercer por sí mismo cada acto oficial mientras dure la sustitución, y en qué medida. Probablemente, ni la limitación del sustituto por la primera, ni por la segunda prescripción tiene mayor relevancia práctica.

CAPITULO V
MUTACION DE LA CONSTITUCION MEDIANTE LA PRACTICA CONSTITUCIONAL. LA CONSTITUCION "CONVENCIONAL"

Las discusiones sobre la necesidad como creadora del Derecho nos llevan a otro problema grave muy difícil, al cual la ciencia alemana no ha dedicado, hasta ahora, suficiente atención. Las competencias de los órganos supremos del Estado se regulan siempre en forma de poderes exclusivos. El monarca puede sancionar las leyes, declarar la guerra, nombrar los ministros, etc., el Parlamento puede decidir sobre proyectos de leyes a discreción, los ministros pueden siempre presentar su dimisión, etc. Sin embargo, ninguna ley ordena cómo se aplican tales competencias políticas. Cuando a una competencia política se le adjudica un contenido determinado e inquebrantable, entonces el poder se transforma en un deber. Ahora bien, hay una cuestión extremadamente importante y prácticamente muy significativa, a saber: si a pesar de todo se puede dar contenido vinculante al poder constitucional sin aniquilar, totalmente, su libertad jurídica. El monarca puede elegir libremente a los ministros pero los elige invariablemente de la mayoría parlamentaria dominante. Los ministros pueden presentar siempre su dimisión, se sienten inevitablemente obligados a hacerlo, después de haber recibido un voto de censura de la Cámara de los Diputados. Si todo esto no es un fenómeno pasajero, sino un comportamiento invariable observado durante mucho tiempo, ¿surge así un nuevo Derecho? y a mayor abundamiento ¿tales reglas procuran, o no, apoyarse en garantías sociales más fuertes?

Este fenómeno se ha producido fundamentalmente hasta ahora solamente en Inglaterra, donde toda la Constitución

efectiva se basa en el Derecho común frente a escasos estatutos. Los ingleses hablan de reglas constitucionales convencionales en contraposición a los preceptos legales de la Constitución (53). Esas reglas convencionales conforman, en su conjunto, una ética política, cuyos mandatos son y tienen que ser rigurosamente seguidos. Pero esta ética se extiende, en Inglaterra, mucho más allá del campo jurídico. Pocos pueblos, como éste, han configurado toda su realidad social conforme a un firme entramado de reglas convencionales que llega a todas partes y si es posible quiere introducirse en el resto del mundo. Del mismo modo ha conformado en el ámbito político reglas estrictas para el individuo y los partidos, que orientan la vida pública entera siguiendo firmes derroteros (54).

Aquí nos interesan sólo aquellas reglas que se refieren al ejercicio del poder por los órganos supremos del Estado. Así veremos cómo se atribuyen a sus competencias políticas un contenido determinado, sea amplio o limitado, sin que éstas mismas sean violadas de algún modo en su estado formal.

---

(53) La doctrina de la oposición entre *Law of the Constitution* y *Conventions of the Constitution* la estableció por primera vez, Freeman: *The Growth of the English Constitution* 1872, pág. 109 y ss. Después la desarrolló a fondo Dicey: *Introduction to the study of the law of the Constitution,* 6.ª ed., pág. 341 y ss. Seguramente bajo la influencia de estos últimos esta distinción se ha convertido en patrimonio común de los políticos y juristas ingleses. En el continente este convencionalismo lo examinó muy a fondo Hatschek: *Englisches Staatsrecht, II,* pág. 2 y ss., relacionándolo íntimamente con la vida pública de Inglaterra dominada por entero por los partidos. No es este el lugar para profundizar en la naturaleza de fenómeno tan interesante. Voy a mencionar solamente que la idea de la "regla convencional" conlleva la representación de una consciente creación contractual, en tanto que muchas de estas reglas surgieron con toda seguridad de modo completamente irreflexivo, brotaron de la práctica, se afirman mediante el ejercicio efectivo y duradero; de ellas deriva también su fuerza normativa.

(54) La relación interna de los usos parlamentarios con el carácter y vida peculiar del pueblo inglés la ha expuesto de modo agudo Boutmy: *Essai d'une psychologie politique du peuple anglais au XIX siècle,* 1904.

Hoy, como hace siglos, corresponde al rey la dirección del Estado mediante su prerrogativa, pero sólo lo puede ejercer mediante el gabinete que el monarca nombra formal y libremente, aunque, en realidad, designa siempre al líder de la mayoría parlamentaria como primer ministro, y al resto del Gabinete según su propuesta.

Surge así ahora esta cuestión: ¿Qué ocurre con estas reglas, así como con otras muchas que se apartan de los textos de la Constitución?; ¿son reglas jurídicas o no? La respuesta es ésta: son Derecho en cuanto contienen normas reconocidas y garantizadas para el ejercicio del poder estatal, aunque en la mayoría de los casos no tienen carácter vinculante sino flexible (55), porque se adaptan siempre a las relaciones políticas que cambian continuamente.

Por eso, una desviación de tales reglas no supone violación jurídica. Todos los miembros del Gabinete deben serlo del Parlamento. Gladstone cuenta que desde diciembre de 1845 hasta julio de 1846, no tuvo escaño en la Cámara de los Comunes (56). El primer ministro debe ser primer lord del Tesoro pero Salisbury figuró como cabeza de su Gabinete siendo secretario de Estado para Asuntos Exteriores. Por eso, este Derecho puede mudar continuamente sin que sea necesario un cambio expreso de una regla jurídica. Hasta la segunda *Reform bill* se decía que un Gabinete seguía en funciones hasta que fuese *"outvoted"*, quedando en minoría en la Cámara baja. Desde entonces se manifiesta, cada vez más nítidamente, una nueva regla, a saber: que las nuevas elecciones determinan, inmediatamente, el destino del Gabinete y recientemente se intenta incluso atribuir este poder a las elecciones posteriores en el transcurso de un período parlamentario. Esta mutación de la Constitución británica, es ante todo una mutación de un Derecho constitucional dispositivo.

(55) Entre las distintas denominaciones alemanas del Derecho dispositivo elijo aquí la citada arriba, ya que expresa mejor el carácter peculiar de tales normas.

(56) Gladstone: *Gleanings, I,* pág. 225.

La esencia del Derecho dispositivo se ha discutido hasta ahora casi exclusivamente en el campo del Derecho privado. En el Derecho público Bülow fue el primero que lo examinó en el Derecho procesal civil (57). Ahora bien, no cabe duda que se da también en otros sectores del Derecho público. Se trata, en el Derecho público por lo regular, no de una interpretación de la voluntad privada, sino de una normación sobre lo que sea útil para el conjunto. Empero, ese objetivo sólo se puede lograr en ocasiones considerando las relaciones individuales. Por eso, el Derecho público garantiza, a menudo, competencias políticas a órganos estatales, a asociaciones públicas, a los Estados federados, seguir una orientación que permite apartarse de determinadas reglas legales (58). Por ejemplo, la ley constitucional de los tribunales les atribuye decidir sobre la admisibilidad de la vía jurídica, pero permite, desviándose de la legislación del *Land,* establecer administraciones especiales para la decisión de los conflictos de competencias (59). La ordenación de las ciudades prusianas del 30 de mayo de 1853, permitió a ciudades más pequeñas una simplificación de su organización, apartándose de las generales preescritas para el caso (60).

Por medio de normas estatutarias las cajas de los hospitales pueden determinar sus prestaciones y el conjunto de los asegurados de modo distinto al fijado por las normas legales (61).

Singular importancia para la estructura y funcionamiento del Estado tiene el Derecho flexible que se añade, como

(57) Bülow: *Dispositives Zivilprozessrecht, Archiv für ziv. Praxis, 64,* pág. 1 y ss.

(58) Dernburg: *Pandekten* § 32 distingue, muy agudamente, dos tipos de "Derecho no vinculatorio". El Derecho político dispositivo figura en el segundo tipo que se basa en la autorización del legislador y no en la voluntad supuesta del interesado.

(59) Ley constitucional de los tribunales, § 17.

(60) Título VIII, §§ 72 y 73.

(61) K. V. G., §§ 2 y 21.

Derecho secundario, a la distribución constitucional del poder para regular su ejercicio conforme a determinadas circunstancias.

Sería muy importante investigar cuándo este Derecho flexible, en su carácter y modo efectivo, se da en los Estados continentales. Se da en cada país, pues el formalismo constitucional a menudo no puede prescindir de él, aunque sea incapaz de explicarlo. Con frecuencia intenta atribuirlo a la ciencia política, una disciplina científica que apenas se trata en Alemania de manera coherente y sistemática. Sin embargo, una ciencia política en cuanto doctrina de los poderes creadores del Derecho existe junto, y por encima, del legislador, es un medio indispensable para la comprensión de los problemas constitucionales. Por otro lado, es cierto que la doctrina reciente separa lo político de lo jurídico, aunque no delimita con distinción rigurosa el campo del primero y del segundo. A menudo se advierte cómo el profesor de Derecho constitucional que no puede o no quiere explicar el Estado, deja la política al juicio del poder soberano.

Además, sin el conocimiento político se excluye la crítica de la situación jurídica presente. En todos los restantes territorios jurídicos. Los juristas consideran tarea suya el cooperar en la mejora de la situación jurídica reinante. Solamente en el Derecho constitucional el Derecho vigente se trata normalmente como si no necesitase legitimación alguna, y las disputas políticas de los profesores se consideran intrusiones de sus opiniones políticas en la materia jurídica positiva.

Voy a demostrar lo anterior refiriéndome a un punto importante del Derecho constitucional de muchos Estados continentales. A menudo se oye que el primer ministro y el Gabinete, en Inglaterra, no cuentan con instituciones jurídicas oficiales porque son desconocidas por la ley, pero sin ellas todo el orden estatal del reino británico sería sencillamente incomprensible. Por eso, los intentos de los juristas ingleses, de no mencionar en absoluto hoy, como ya

sucedió en el siglo XVIII, al Gabinete en sus descripciones del Derecho constitucional, incurren en el mayor descrédito. Por el contrario, hay ahora todo un grupo de Estados que cuentan con un Consejo de ministros, un ministerio general o estatal; sin que esta organización se base en la Constitución, en una ley o en un decreto. Este caso se da particularmente en Bélgica, donde el Consejo de Ministros es totalmente desconocido por el texto de la ley, donde tampoco existe el título de Presidente del Consejo de Ministros, a pesar de que los ministros responden solidariamente y deliberan, colegiadamente, bajo la dirección de un ministro que los preside (62). En otros Estados existe, por cierto, el cargo del presidente del Consejo, pero sin que cuente con regulación expresa; así, por ejemplo, en Francia (63) y en Austria. En Austria, el presidente del Consejo solamente se menciona en los anexos de la ley sobre los emolumentos de los funcionarios del Estado (64), sólo figura en el Derecho escrito de este Estado con alcance exclusivamente presupuestario. Además allí el ministerio general se sobreentiende en algunas leyes que contienen indicios de una institución no regulada explícitamente, y en otros Estados se ha producido una configuración jurídica profunda del mismo mediante el Derecho escrito. Empero, también en Austria el ministerio es una institución constitucional, cuya organización no se basa formalmente en reglas legales obligatorias, sino que debe su existencia al Derecho dispositivo construido sobre el Derecho imperial de la designación de los ministros y de la responsabilidad de los mismos (65). Sin el

---

(62) Vauthier: *Das Staatsrecht des Königreichs Belgien,* en *Handbuch des öffentlichen Rechts,* pág. 50; Dupriez: *Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amerique,* 2.ª ed., 1892/91, pág. 217. Muy excepcionalmente en determinados casos ciertas funciones se confían al Consejo de Ministros. Cfr. Beltjens: *La Constitution belge revisée,* Liège, 1894, artículo. 65, núm. 6.

(63) Lebon, obra citada, pág. 53; Dupriez, II, pág. 353 y ss.

(64) Ley del 15 de abril de 1873, Código del *Reich* núm. 47.

(65) Los constitucionalistas austriacos hacen constar, simplemente, la

acuerdo de los ministros sobre la orientación de la política a seguir, sobre las cuestiones importantes de la Administración, es imposible una dirección sin contradicciones del Estado. Por eso, el ministerio general es una institución necesaria en cada Estado, lo mismo si se basa o no en la ley.

Por el carácter de su organización, por el ámbito de sus facultades, se manifiesta la especificidad de cada Estado. Pero su misma existencia no depende del arbitrio de los Jefes del Estado y de los ministros, porque las exigencias de la unidad de la vida estatal tienen que imponerse contra cualquier resistencia de los particulares. Por lo tanto, el Ministerio general descansa, en todas partes, sobre el Derecho. Es una condición imprescindible para el funcionamiento de la Constitución y de la responsabilidad constitucional y a este respecto lo mismo da que se forme según una ley o sin ella —como en Inglaterra— o que se constituya contra la ley. Pero cuando no hay normas jurídicas escritas, a menos que se regule por leyes materiales, su existencia y funcionamiento se basan en un Derecho constitucional flexible, que llena, como elemento fluyente, los amplios espacios que ofrecen las normas constitucionales escritas.

existencia de presidentes del Consejo y del Consejo de Ministros, sin examinar su fundamento jurídico. Cfr. Ulbrich: *Lehrbuch des österreichischen Staatsrechts,* pág. 145; Seidler, v.º: *Minister im österr. Staatswörterbuch, II,* (1), pág. 739; Hauke: *Grundriss des Verfassungsrechts (im Grundriss des österr. Rechts),* 1905, pág. 78.

CAPITULO VI
MUTACION DE LA CONSTITUCION POR DESUSO DE FACULTADES ESTATALES. DERECHOS DE SANCION Y VETO. RESPONSABILIDAD MINISTERIAL

La Constitución se transforma según el modo como se ejerce el poder estatal. Pero, ¿ocurre esto también cuando no se ejerce una competencia del mismo poder? Esta cuestión es extraordinariamente importante, y lo demostraremos inmediatamente con un ejemplo concreto.

Entre los hechos más conocidos que suelen caracterizar la posición actual de la monarquía inglesa, figura el caso en que la Corona, la reina Ana, utilizó por última vez en doscientos años, el Derecho a negar la sanción, el Derecho al veto (66), a un *Bill* sobre la milicia escocesa. De esto se

(66) Según un enfoque jurídico-formal, la Corona no tiene un Derecho de veto, sino de sanción, participa por lo regular positivamente en la legislación, pero no tiene capacidad para anular de modo negativo la voluntad del Parlamento, lo cual se presupone como algo conocido. Ahora bien, después que Montesquieu sostuvo que la aprobación de las leyes por el monarca: *n'est autre chose qu'une déclaration qu'il ne fait point d'usage de sa faculté d'empêcher,* la función expresa de la sanción se subraya, en primer plano, particularmente en la bibliografía extranjera. He de subrayar el hecho hasta ahora inadvertido, tal como lo veo "que los términos "sanción" y "sancionar" proceden de la jerga política de los franceses de 1789". La palabra *sanction* se utilizaba antes de 1789 en sentido distinto al de atribuir fuerza de ley. La he encontrado antes de 1789 de modo aislado. Los diccionarios franceses no la mencionan, en cambio, Rousseau: *Du contrat social, IV* (Obras completas, 1865, III, pág. 374), la emplea en un sentido que corresponde, en cierto modo, al actual. Sin embargo, *sanctionner* no se encuentra en absoluto antes de 1789. La *Académie française* admitió este término solamente en 1798. Cfr. Hatzfeld-Darmsteter, Thomas: *Dictionnaire général de la langue française,* h. v.º

CAPITULO VI
MUTACION DE LA CONSTITUCION POR DESUSO DE FACULTADES ESTATALES. DERECHOS DE SANCION Y VETO. RESPONSABILIDAD MINISTERIAL

La Constitución se transforma según el modo como se ejerce el poder estatal. Pero, ¿ocurre esto también cuando no se ejerce una competencia del mismo poder? Esta cuestión es extraordinariamente importante, y lo demostraremos inmediatamente con un ejemplo concreto.

Entre los hechos más conocidos que suelen caracterizar la posición actual de la monarquía inglesa, figura el caso en que la Corona, la reina Ana, utilizó por última vez en doscientos años, el Derecho a negar la sanción, el Derecho al veto (66), a un *Bill* sobre la milicia escocesa. De esto se

(66) Según un enfoque jurídico-formal, la Corona no tiene un Derecho de veto, sino de sanción, participa por lo regular positivamente en la legislación, pero no tiene capacidad para anular de modo negativo la voluntad del Parlamento, lo cual se presupone como algo conocido. Ahora bien, después que Montesquieu sostuvo que la aprobación de las leyes por el monarca: *n'est autre chose qu'une déclaration qu'il ne fait point d'usage de sa faculté d'empêcher*, la función expresa de la sanción se subraya, en primer plano, particularmente en la bibliografía extranjera. He de subrayar el hecho hasta ahora inadvertido, tal como lo veo "que los términos "sanción" y "sancionar" proceden de la jerga política de los franceses de 1789". La palabra *sanction* se utilizaba antes de 1789 en sentido distinto al de atribuir fuerza de ley. La he encontrado antes de 1789 de modo aislado. Los diccionarios franceses no la mencionan, en cambio, Rousseau: *Du contrat social, IV* (Obras completas, 1865, III, pág. 374), la emplea en un sentido que corresponde, en cierto modo, al actual. Sin embargo, *sanctionner* no se encuentra en absoluto antes de 1789. La *Acadêmie française* admitió este término solamente en 1798. Cfr. Hatzfeld-Darmsteter, Thomas: *Dictionnaire général de la langue française,* h. v.º

concluye, lógicamente, que el Derecho de veto del rey se ha perdido totalmente, desapareció por desuso. Empero, esto nunca fue admitido por el Parlamento. Sólo hacia 1868, el secretario de Estado, Hardy, declaró, en la Cámara baja, la existencia inquebrantable de este Derecho de la Corona (67), y un conocedor tan relevante del Derecho constitucional inglés como Todd también sostuvo la tesis que esta parte de la prerrogativa real podría revivir, como cualquier otra, si algún Gabinete, bajo su responsabilidad lo considerarse necesario (68). No vamos a extendernos sobre esta cuestión. Prefiero examinar la tesis reiterada por la doctrina parlamentaria, apoyada en las circunstancias inglesas, según la cual un estricto Gobierno parlamentario excluye el veto de la Corona. Un Gabinete parlamentario tiene siempre el poder de yugular las leyes que considera inaceptables en el curso de su iniciativa, por consiguiente no es posible de modo alguno invocar la facultad del veto del monarca.

Los americanos han desarrollado, primorosamente, una estadística constitucional; de ella extraemos, por ejemplo, el dato que el presidente de los Estados Unidos ha utilizado su Derecho de veto 433 veces en los primeros cien años desde la existencia de su oficio. Una estadística del vetos en otros Estados, tan exacta, sería seguramente muy interesante e instructiva. Según tales datos resultaría què el ejercicio efectivo del veto se produce por lo regular sólo en el caso de leyes regionales de un Estado descentralizado (69). Así

---

(67) *Her Majesty has no constitutional right to abdicate that part of her prerogative which entitles her to put a veto upon any measure she thinks fit.* Hansard: *Debates* t. CXCII, pág. 732.

(68) Todd-Walpole: *Parliamentary Government in England,* Londres, 1892, II, pág. 70. También Dicey sostiene que la falta de ejercicio del veto real es una regla convencional constitucional, considera posible su reactivación en el sentido que la Corona se reserva según el Consejo del Gabinete la decisión sobre leyes importantes después de consultar a los electores, *Contemporary Review,* LXVIII, 1890, pág. 498. Lo mismo dice Frank H. Hill: *The future of English Monarchy* en la misma revista, pág. 201.

(69) Entre los Estados centralizados Suecia muestra casos numerosos de negación de sanción, debido a sus particulares relaciones constituciona-

las leyes de los países austriacos a menudo no se sancionan porque no concuerdan con las leyes del Imperio o debido a su contraposición con importantes intereses comunes del Estado y caso semejante ocurre con las leyes coloniales británicas, muchas de las cuales no logran la sanción real (70). Sin embargo, si consideramos las leyes aprobadas por un Parlamento central, ocurre que se dan resultados totalmente inesperados en las monarquías continentales. En Austria, cabe señalar el caso único de una ley aprobada por el *Reichsrat* que no llegó a sancionarse. Se trata de la ley sobre los conventos del año 1876 (71). No obstante, no encuentro caso alguno en Prusia, que ciertamente no es un Estado con sistema parlamentario. En los casi sesenta años de vigencia de la actual Constitución prusiana, también en Prusia, donde se suele insistir, con satisfacción, en la independencia de la monarquía, el monarca nunca se enfrentó a la voluntad explícita de la Dieta. El emperador Federico al principio albergó dudas, antes del cambio en el trono, sobre si sancionaba el proyecto de la ley de la Dieta que prolongaba la legislatura de tres a cinco años, pero, pese a todo, acabó firmándolo después de más de dos meses de espera (72), el 27 de mayo de 1888.

Cuando en 1892 se presentó en la Dieta con la oposición real el proyecto de ley escolar de Zedlitz se levantó una enorme tempestad en su contra, aunque parecía que su aprobación era segura, muchos adversarios de la ley albergaban su última esperanza en la negación de la sanción real. Pero Guillermo II, teniendo en cuenta la opinión pública, ordenó la retirada del proyecto mientras todavía estaba en

---

les. Cfr. Aschehong: *Das Staatsrecht der Vereinigten Königreiche Schweden und Norwegen,* pág. 68.

(70) Cfr. Todd: *Parliamentary Government in the British Colonies,* 2.ª ed., Londres, 1894, pág. 155 y ss. Prinz Heinrich XXXIII, v. Reuss, J. L.: *Der britische Imperialismus,* 1905, pág. 70 y ss.

(71) Cfr. Kolmer: *Parlament und Verfassung in Osterreich, II,* 1903, pág. 331.

(72) Bismark: *Gedanken und Erinnerungen, II,* pág. 306.

la Cámara de los Diputados, y destituyó al ministro de Cultura (73).

No obstante, aunque parezca asombroso, el veto real se ejerce, efectivamente, en el país que pasa en el continente como ejemplo típico de monarquía parlamentaria: Bélgica (74). Veamos, brevemente dos casos significativos de sanción real fallida. En el año 1845 las Cámaras belgas aprobaron una ley que elevó considerablemente la aduana de cereales. Poco después cayó el Gabinete Nothumb y al mismo tiempo el precio del pan subió enormemente a consecuencia de la plaga de las patatas que apareció de repente y de la mala cosecha de cereales prevista. El nuevo ministro no osó en absoluto presentar al rey la ley culminada por el Parlamento, pero solicitó, mencionando de paso esa ley, la aprobación, en plena contradicción con ella, de medidas que permitían la libre importación de comestibles. Las Cámaras aprobaron, por unanimidad, una nueva ley adaptada a situación tan crítica, y nunca se volvió a hablar de la ley antigua, que desapareció de manera tan singular (75).

---

(73) Tampoco en los demás Estados alemanaes encontramos casos de negación de la sanción; si a pesar de todo surgiera alguno, entonces ha de considerarse algo excepcional y sólo debido a acontecimientos que suceden en la vida estatal. En Baden, el gran duque Friedrich dudó algún tiempo en aplicar la ley escolar aprobada por la Cámara relacionada con la caída del ministro Jolly. Sin embargo, fue sancionada el 18 de septiembre de 1876.

(74) Se dan allí dos formas: sea, cuando el rey niega, expresamente, la sanción, sea cuando la omite simplemente. Cfr. Beltjens, *ob. cit.*, pág. 404.

(75) Cfr. Ernst Vandenpeereboom: *Du gouvernement représentatif en Belgique*, II, 1856, págs. 142-148, 153-155. Este caso es extraordinariamente interesante, porque demuestra las posibilidades de la vida estatal constitucional que hasta ahora no ha tenido en cuenta la Teoría constitucional. Si un ministerio omite presentar al monarca un proyecto de ley aprobado por las Cámaras para sancionarlo existiendo un límite temporal para ello, hay que considerar que tal ley ha sido rechazada, después de expirar el plazo, como si el monarca hubiese rehusado su sanción. Una ley no puede sancionarse sin algún acto u omisión del Monarca. En caso semejante es verdad que los ministros participantes infringen una obligación oficial, pero cuando las

Distinto fue el incidente acaecido en 1884. También se produjo un cambio de ministerio, y el nuevo Gabinete se encontró con algunas leyes, aún no sancionadas, sobre la creación de nuevos municipios. Los nuevos ministros se opusieron enérgicamente, en la Cámara, a estas leyes, y consideraron conveniente no suscribirlas. Entonces se publicó, oficialmente, un decreto real en virtud del cual se negó la sanción a los proyectos de leyes mencionados siguiendo el dictamen del Consejo de Ministros y a propuesta del ministro correspondiente (76).

Así, vemos que la negación de la sanción no es en absoluto incompatible con un sistema de Gobierno parlamentario. Tampoco depende el ejercicio del veto de la naturaleza del poder político del Monarca. Hay incluso un jefe de Estado que tiene menos poder constitucionalmente y no obstante, políticamente es mucho más poderoso que otros monarcas con su Derecho de sanción. Como es sabido, esto ocurre con el emperador alemán que sólo promulga pero no sanciona las leyes del *Reich* y también ha sucedido que una ley, contra la cual Prusia votó en el *Bundesrat*, la promulgó el emperador, conforme a la Constitución del *Reich* (77). Son diversos los motivos que se esgrimen para no aplicar el veto en muchas monarquías; no es irrelevante el deseo de no situar a la persona del monarca en primer plano, lo cual es inevitable si se intenta contraponerla a la voluntad de la representación nacional. Esta es, ciertamente, la razón principal para que en Inglaterra se evite

---

Cámaras no encuentran motivo alguno para exigirles responsabilidad, entonces la Constitución carece, en este punto, de garantías, y a mayor abundamiento tampoco cabe encontrarla en la destitución posterior del ministro.

(76) Cfr. Dupriez, I, pág. 247. La negación de la sanción se hace por el *Arrêté royal* del 4 de agosto de 1884. *De l'avis de nôtre conseil des ministres et sur la proposition de nôtre ministre de l'interieur et de l'instruction publique. Pasinomie Belge,* 1884, núm. 261.

(77) Se trata de la ley sobre la sede del tribunal del *Reich,* del 1 de abril de 1877, la cual señaló a Leipzig como sede, en tanto que Prusia propuso a Berlín.

siempre, el Derecho de veto. Seguramente sería muy penoso para el rey presentarse ante el Parlamento reunido y rehusar expresamente el *royal assent,* así como delegar en una comisión esta tarea; tampoco hay base en las tradiciones constitucionales inglesas para abusar de la persona real, pues ello se produciría si el Gabinete pretendiese inducirle a aplicar el veto en casos excepcionales. Por otra parte, hay que recordar que el ejercicio del Derecho de veto desvinculado de la responsabilidad ministerial, tal como está previsto en la Constitución de Noruega, le costó la Corona al rey Oskar II.

Así como hay razones contra el ejercicio del Derecho de veto hay también motivos que hablan contra el ejercicio del Derecho de sanción; sin embargo, esta facultad es un poder político real muy significativo. Ya su posibilidad determina el proceso legislativo de tal manera que en la mayoría de los casos la previsión de su posible ejercicio se frustra, particularmente allí donde el sistema bicameral funciona adecuadamente. Por lo tanto, el veto nunca llega a aplicarse y, no obstante, no ha decaido. En las monarquías prusiana y austriaca esto no necesita pruebas detalladas. Incluso en Inglaterra, pese a que nunca se ejerce, su significado como medio para frenar la legislación no ha desaparecido del todo. Ello permite, a la Corona, intervenir en las fases preliminares del proceso legislativo en la medida en que el rey puede supeditar la presentación de un *Bill* a su consentimiento (78). Así Jorge III y Jorge IV lograron impedir durante veintiocho años, en los primeros decenios del siglo XIX, la emancipación de los católicos. Conocemos, por publicaciones recientes, su tenaz oposición y también la de la Reina Victoria, contra algunos planes legislativos de sus Gabinetes y cuán difícil le fue a Gladstone conseguir su permiso para que prosperase la *Home Rule* y cómo, presumiblemente, influyó en su caída en la Cámara alta en 1893 (79).

---

(78) Cfr. Sobre el influjo actual de la Corona sobre la legislación Anson: *Law and Custom of the Constitution, I,* 3. ed. 1897, pág. 300.

(79) La reina, mediante su influjo personal y por medio del arzobispo

De nuestra exposición resulta que de ninguna manera puede concluirse que por el desuso de una competencia del poder estatal, las correspondientes prescripciones constitucionales y legales resulten obsoletas. En este sentido se puede decir que el Derecho supremo del Estado según su esencia es imprescriptible. Por eso, una de las investigaciones más difíciles consiste en determinar, en el caso particular, en qué medida un poder nunca ejercido de hecho tiene relevancia jurídica o no. Es decir, si es válido, si es capaz de cumplir, en algún caso, su propósito normativo para la vida estatal. El tema más interesante lo ofrecen las disposiciones legales sobre la responsabilidad ministerial planteada en muchos Estados.

En efecto, es sabido que hoy la llamada responsabilidad política de los ministros, esgrimida constantemente por los Parlamentos, ha sustituido de hecho, en las monarquías constitucionales, a la llamada responsabilidad constitucional, exigida mediante acusación ministerial ante un tribunal estatal. En Austria, por ejemplo, se agotó el significado patente de la responsabilidad constitucional que podía exigirse mediante una acusación ministerial ante la Cámara alta del *Reich (Reichsrat)* como medio de propaganda o de obstrucción. En otros Estados con leyes sobre la responsabilidad muy sofisticadas, ni siquiera se han producido, hasta ahora, semejantes estratagemas parlamentarias más o menos logradas. Con todo, siempre puede decirse que los preceptos sobre la responsabilidad política de los ministros,

de Canterbury, Tait, y frente a la opinión de los lores, impuso el *Bill* de la Iglesia de Irlanda de 1869. Cfr. Sidney Lee: *Queen Victoria,* nueva edición, Londres, 1904, pág. 405 y ss. La reina nunca ocultó su irritación y enemistad contra el movimiento del *Home-Rule,* por ello recibió, con manifiesta satisfacción, la caída del *bill* en la Cámara de los Lores en 1893 (Lee, pág. 492 y ss., 524 y ss.), pues era consciente, como antaño, que por su apoyo en la cuestión de la Iglesia de Irlanda, allanó el camino a la política de Gladstone, en tanto que eliminó un conflicto entre los lores y la Cámara baja; por tanto, es más que probable que su notoria enemistad contra los proyectos de Gladstone respecto a Irlanda, fortificase a los lores en su enérgica oposición contra aquellos.

aunque nunca lleguen a aplicarse, les afectan y motivan y por eso operan como garantía. Ahora bien, ¿qué ocurre en los Estados que hasta hoy solamente han establecido la responsabilidad de los ministros como principio y, después han confiado su cumplimiento a leyes especiales que nunca se dictan?, o ¿qué sucede incluso en un Estado que declara responsables a los ministros sin definir, de alguna manera esta responsabilidad, como es el caso en el *Reich* y, además, con la responsabilidad del canciller del *Reich,* de sus sustitutos, del gobernador de Alsacia-Lorena y del secretario de Estado del territorio del *Reich*? Téngase en cuenta, además, que el *Reich* alemán no es una excepción. También el Derecho francés vigente se limita a declarar el principio de las responsabilidades solidaria e individual de los ministros, sin definir su esencia. Lo mismo pasa en la Constitución italiana puesto que sólo conoce el principio de la responsabilidad de los ministros sin disposiciones más detalladas, y otro tanto ocurre en la Constitución española actual. Ciertamente, en estos tres Estados se establecen acusadores y jueces para los ministros, pero no existen normas sobre la acusación y el juicio. En otros Estados se anuncian, en sus Constituciones, leyes para sustanciar la responsabilidad de los ministros, sin que se hayan dictado: así en Prusia, Bélgica, Dinamarca, Islandia.

Cabe observar que Estados con estructuras políticas muy diversas: por ejemplo, con y sin Gobierno parlamentario, monarquías y repúblicas, carecen de una disciplina clara y bien trabada sobre la responsabilidad ministerial. En estos Estados hay que resolver esta cuestión inmediata y muy difícil: ¿corresponde la responsabilidad de los ministros a las instituciones constitucionales o no? Las experiencias realizadas con los institutos de la acusación de los ministros y con los tribunales estatales, permiten hoy a los Parlamentos de estos Estados configurar la responsabilidad ministerial como exigencia puramente doctrinal. En el *Reich* y en Prusia no se piensa en leyes que la concreten. En los demás Estados mencionados, los intentos de complementar los precep-

tos constitucionales correspondientes han fracasado hasta ahora y no es previsible que prosperen en poco tiempo (80). Se contentan sólo con el principio de la responsabilidad política, cuyo desarrollo concreto se ajusta a la particularidad de cada uno de ellos. Empero, la literatura constitucional, especialmente la alemana, está perpleja ante las prescripciones constitucionales. La existencia de la responsabilidad constitucional en el *Reich* y en Prusia tanto se afirma como se niega. Tampoco sus defensores consiguen rebasar el concepto de *lex imperfecta* y no son capaces de deducir de ella consecuencias jurídicas. A pesar de todas las garantías de las Constituciones ha quedado en letra muerta.

(80) Para Francia, cfr. V. Frisch: *Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate*, pág. 60 y ss. Para Italia, Dinamarca, Islandia, *ibidem*, pág. 98. En Portugal, la ley de desarrollo prevista en el artículo 104 de la Constitución del 29 de abril de 1826, todavía no se ha promulgado. En Bélgica, aún está vigente el artículo 134 de la Constitución que reglamenta, provisionalmente, la acusación y el tribunal hasta la promulgación de la ley prevista en el artículo 90.

CAPITULO VII
LAS LAGUNAS DE LA CONSTITUCION Y SU INTEGRACION. DESAPARICION HISTORICA DE LAS CONSTITUCIONES. FUTURO DEL PARLAMENTARISMO. SU CAMBIO EN AMERICA E INGLATERRA. EL PARLAMENTARISMO CONTINENTAL Y SUS ADVERSARIOS DOCTRINALES. DESPRESTIGIO DE LOS PARLAMENTOS. CAUSAS. REFORZAMIENTO DEL PODER DEL GOBIERNO COMO RESULTADO DEL DESARROLLO PARLAMENTARIO

Intimamente ligada a la cuestión de la mutación constitucional, aparece el problema de las lagunas constitucionales. Las argumentaciones precedentes han ofrecido también algunos ejemplos sobre la existencia de tales lagunas que no pueden negarse si se reconoce la relación fundamental del Estado con el Derecho y si se sabe que el Estado es, en primer lugar, un fenómeno social e histórico capaz de ordenar el Derecho, pero no de crearlo (81). Por otra parte, los acontecimientos históricos que viven los Estados solamente pueden ser previstos de modo imperfecto y, por lo tanto, es imposible que el Derecho, que quiere conscientemente operar en el futuro, pueda disponer de normas para

(81) Sobre las lagunas constitucionales, cfr. mi *Allgemeine Staatslehre*, pág. 347 y ss. y entre la bibliografía más reciente, Anschütz: *Lücken in Verfassung-und Verwaltungsgesetzen*, en *Verwaltung Archiv XIV* (1906), pág. 315 y ss., coincide conmigo en el resultado. Sin embargo polemiza también conmigo, equivocándose, *ob. cit.*, pág. 335, respecto a una afirmación que nunca hice. Ni en el lugar citado por Anschütz, ni en otra parte he afirmado que, en caso de conflictos entre el Gobierno y la representación nacional, falte un juez. Por el contrario, ya señalé en *Gesetz und Verordnung*, 1887, pág. 309, al Tribunal Supremo para decidir los conflictos respecto al Derecho presupuestario y también subrayé que hay varios tribunales para casos semejantes en los Estados alemanes.

regular todos los acontecimientos venideros imprevisibles. Por eso, también se desprende de la experiencia histórica, el hecho de que toda Constitución tiene lagunas que sólo se manifiestan, a menudo después de mucho tiempo y no pueden colmarse mediante los medios convencionales de la interpretación y de la analogía. ¿Quién habría pensado cuando se elaboraron nuestras Constituciones en la posibilidad de la obstrucción parlamentaria como fenómeno permanente de la vida estatal en Austria y en Hungría que dificultó, temporalmente, la actividad parlamentaria y las funciones estatales? En efecto, en estos Estados brotaron situaciones cuya regulación, a menudo, fue puramente fáctica y no de naturaleza jurídica, así, particularmente, en el campo del Derecho presupuestario.

Es cierto que este descubrimiento, imprevisto, de la existencia de lagunas constitucionales puede producir una mutación de la Constitución si la situación fáctica induce a un reconocimiento del Derecho consuetudinario y se le atribuye un significado normal. Pero, por regla general, la comprobación de lagunas Constitucionales corresponde al legislador, porque la reforma de la Constitución es el camino más seguro para colmar completamente tales lagunas.

Hasta ahora hemos observado las mutaciones y las reformas de nuestras constituciones que dejan subsistir su tipo actual en sus elementos esenciales. Ahora bien, voy a arriesgarme a escalar un punto de vista más alto y a emprender la tarea audaz de señalar el problema más elevado y profundo de la mutación constitucional. Es decir, pretendo expresarme con la fría objetividad del científico que no quiere manifestar sentimientos ni deseos, sino sólo exponer los resultados del entendimiento desapasionado, lo más libremente posible de toda subjetividad.

Son incomparablemente más instructivas que todas las mutaciones constitucionales, en debate, relativas a este o aquel texto de la Constitución, aquéllas que sin una repentina conmoción del Estado, sin plena destrucción del orden estatal vigente, muestran ¡como resultado final!, la completa

reconstrucción del mismo. Para que esto se produzca se necesita mucho tiempo y la actuación de poderosas fuerzas históricas. Si miramos hacia atrás, en la historia, entonces comprobaremos, asombrados, cómo pueden deshacerse, tambalearse, derrumbarse, incluso, los fundamentos más profundos de un sistema estatal, aparentemente indestructibles a lo largo de muchos siglos, sin que la mano de un legislador consciente de su objetivo, los hubiera sacudido. El estudio de semejante agonía de las Constituciones todavía se descuida. Pueden morir porque el valor de sus instituciones cae tan bajo que nadie ya las desea, de modo, que, al cabo, ya no se encuentran hombres que quieran poner su voluntad a su servicio. Es posible que exista una asamblea popular dominante de talante orgulloso, pero en la cual, a la postre, nadie quiere participar. Esto ocurrió con el *populus romanus*. Los comicios romanos nunca fueron suprimidos. Bajo Nerva todavía cabe seguir sus huellas, pero después se pierden en la oscuridad de la noche. Podemos imaginar una Corona imponente dominando el mundo, pero algún día nadie la deseará. El 6 de agosto de este año se cumplirá un siglo desde que Francisco II abdicó la Corona de emperador romano de la nación alemana. Cuando un monarca abdica surge conforme al Derecho constitucional un sucesor. Pero a pesar que entonces la mayor parte del *Reich* todavía estaba fuera de la Confederación del Rhin, nadie quiso esta Corona. El desmoronamiento del *Reich* es el ejemplo más triste de la muerte de un Derecho político.

Estas lecciones del pasado explican nuestra cautela para no confiar tanto en la continuidad de algunas instituciones humanas. Es verdad que nunca conseguiremos, con plena seguridad, descifrar el futuro. Sólo si podemos seguir, durante mucho tiempo el camino de una institución estatal vigente, entonces podremos determinar al menos su futuro desarrollo con alguna seguridad, aunque solamente a grandes rasgos. Si abarcamos ahora con la vista el siglo de experiencias constitucionales detrás de nosotros, llegamos a resultados muy sorprendentes que, incluso hace una gene-

ración, nadie habría vislumbrado. Las grandes luchas por el establecimiento y formación del Estado constitucional tenían como objetivo, en primer lugar, la creación y el desarrollo del poder de las representaciones nacionales. En ellas tenían que basarse el Estado del presente y del futuro. La era del absolutismo llegaría a sustituirse por la del parlamentarismo (82) como última fase de desarrollo del Estado. Sin embargo, estos Parlamentos han experimentado una transformación imprevista que se destaca cada vez más nítidamente, aunque muchos no la perciban todavía. Es decir, muestran una tendencia creciente a ceder su poder a otros que brotan de ellos, o que están en contacto con ellos, o a disminuir su importancia política.

Es muy interesante y significativo comprobar el cambio fundamental que se ha experimentado en el transcurso de los tiempos modernos en la posición política de los Parlamentos en sus países de origen a saber: los Estados anglosajones. Observemos las transformaciones producidas cronológicamente en primer lugar en sus Estados miembros. Allí —como Woodrow Wilson demostró en una celebrada obra (83)— el peso de la Cámara de representantes se ha

(82) Al hablar aquí, y en las páginas siguientes, del parlamentarismo no entendemos por tal solamente las instituciones parlamentarias, además, el conjunto de las instituciones relacionadas con ellas que, como es sabido, son de diferentes tipos en los diversos Estados. Son importantes en especial para la configuración de sus distintos tipos en este caso los preceptos constitucionales que intentan en ciertos grupos de Estados limitar el poder parlamentario. Así resalta, sobre todo, el contraste entre Estados como Inglaterra y Francia que no ponen límites a la tendencia expansiva de sus Parlamentos, con Estados como los EE.UU., pues en ellos el principio rígido de la separación de los poderes impide la formación de gobiernos parlamentarios según el modelo europeo, o con los Estados alemanes que han conservado históricamente el predominio monárquico sobre los Parlamentos. Empero, es muy singular, la posición de los Parlamentos, pues la esencia del parlamentarimo enseña, por lo general, rasgos comunes que solamente destacan, precisamente, en un Estado más incisivamente que en otros.

(83) Woodrow Wilson: *Congressional Government*. Tengo a la vista la 3.ª edición (Boston, 1898) de este libro que ha influido, muy a fondo, en

desplazado de tal manera, que se ha trasladado totalmente a sus comités, que, por otra parte, están sujetos a la influencia determinante de sus presidentes. Todos los asuntos importantes de la Cámara son decididos, definitivamente, en el comité, mientras que el pleno se limita a confirmar, formalmente, sus resoluciones (84). Estos comités son nombrados de modo soberano por el presidente de la Cámara, que solamente está vinculado a la convención que exige tener consideración con los dos partidos. Entre estos comités sobresalen, particularmente, los de finanzas y hacienda, el de *Ways and Means* y el de adjudicaciones. Los presidentes de los comités, en contacto con el Ejecutivo, desempeñan, de hecho, la función de ministros de segunda fila, es decir de ministros totalmente irresponsables. Un diplomático americano afirmó que la forma gubernamental de la Unión es un despotismo total e irresponsable, que se ejerce enmascarado con formas constitucionales por seis personas, a saber: el presidente de los Estados Unidos, el secretario del Tesoro, el portavoz de la Cámara de representantes y los presidentes de los comités mencionados (85).

En los Estados miembros el poder legislativo se ha limitado de manera muy diferente que en la Unión. Allí la legislatura cuenta con poderes mucho más restringidos que en el Congreso. En medida creciente determinados asuntos se sustrajeron de la competencia de la ley ordinaria y se atribuyeron a la legislación constitucional. Empero, esto se ejerce con la participación directa del pueblo que expresa su voluntad mediante la elección de convenciones constitucionales y a través de votaciones directas. La extensión de este sistema manifiesta la clara desconfianza de los america-

---

todos los demás intérpretes de la posición política del Congreso, sobre todo en Bryce.

(84) Sobre la naturaleza de los comités americanos, cfr. también la descripción de Bryce, I, cap. XV.

(85) Eugen Schuyler: *American Diplomacy,* citado por Laveleye: *Le gouvernement dans la démocratie,* II, 3.ª ed., 1896, pág. 135.

nos respecto a sus legislaturas estatales, contra las cuales se adoptaron otras medidas limitadoras (86).

Ahora bien, el proceso transformador más potente en nuestros días, que se remonta en sus comienzos a la segunda reforma electoral, ha afectado al prototipo de todos los Parlamentos, el del Imperio británico. Las opiniones corrientes en el continente sobre el parlamentarismo inglés por lo general sufren todavía la influencia determinante de la aguda obra de Bagehot sobre la Constitución inglesa que —escrita inmediatamente antes de la reforma parlamentaria de Disraeli— no podía prever su creciente efecto. Ahora la democratización del Derecho electoral por la segunda y tercera *Reform bill,* la obstrucción irlandesa, la guerra de los boers, la progresiva rigidez del reglamento de la Cámara baja, obra de Balfour, por sólo mencionar algunos de los acontecimientos más importantes, han cambiado profundamente la naturaleza del parlamentarismo inglés, de modo que sólo en sentido formal se puede hablar del predominio de la Cámara baja. En los debates parlamentarios y en los discursos de los estadistas, en reuniones y banquetes, incluso en la literatura política y constitucional, se ha reconocido y subrayado, en Inglaterra, uno u otro síntoma de la fase más reciente del cambio de las relaciones políticas del poder. Ahora bien, en este contexto, ha sido Sidney Low quien ha descrito la nueva Constitución real de Inglaterra en un libro que ha provocado enorme sensación en su patria y asimismo ha contribuido a modificar a fondo, en el resto del mundo, las opiniones sobre el presente parlamentarismo inglés (87).

---

(86) Cfr. Bryce, I, cap. XXXVIII-XL, Oberholtzer: *The Referendum in America,* Philadelphia, 1893.

(87) Sidney Low: *The Governance of England,* primero publicado en Londres, 1904, y después reeditado varias veces. Me satisface mucho informar que este excelente libro fue traducido, a indicación mía, por un experto y que pronto aparecerá en alemán. Así, al fin, contamos con otra oportunidad para que el público, en general, pueda conocer la Inglaterra actual mediante una brillante exposición.

La esencia actual de la Constitución efectiva de Inglaterra puede caracterizarse brevemente así: un Gobierno de Gabinete ha ocupado el lugar del Gobierno parlamentario, aquel ha absorbido todo su poder real aunque proceda como antes formalmente del Parlamento.

En substancia, la Cámara baja es hoy esencialmente un colegio, del cual el jefe del partido gobernante extrae la mayor parte de su Gabinete mientras que elige una minoría del mismo entre sus correligionarios de la Cámara alta. No obstante, la Cámara baja no puede dirigir ni controlar de una manera efectiva al Gabinete. El enorme cúmulo de asuntos parlamentarios que tiene que despachar, en su ámbito territorial y competencial, implica una actividad verdaderamente incalculable, lo cual impide que su poder efectivo pueda compararse, ni de lejos con su poder jurídico. Más bien depende del Gobierno en todas las cuestiones legislativas y, a menudo, hasta en los detalles más pequeños, el control parlamentario es nulo, la simple amenaza de una dimisión fuerza incluso a la mayoría más opuesta a someterse al Gabinete. Lejos de fortalecer su responsabilidad, más bien le asegura un poder irresistible, porque la mayoría de la Cámara baja puede encontrarse ante esta opción: o dejarla pasar, sin impugnarla, una medida muy dudosa de un miembro del Gabinete, o abandonar el liderazgo del país a la oposición. Por eso, ahora se ha observado, amargamente, que la Cámara baja, se parece menos a una asamblea legislativa y mucho más a un cuerpo que registra los decretos gubernamentales. Las reformas recientes del reglamento han aumentado, aun más, la posición del poder del Gabinete mediante la restricción de las consultas y debates. La Cámara baja también ha perdido la facultad de derribar a su arbitrio al Gabinete, atribución indudable hasta hace poco. Según la opinión dominante corresponde a los electores confirmar por referéndum al *leader* actual en el poder o pasar el testigo al *leader* de la oposición.

Mientras que hasta 1867 se observaba, rigurosamente, la regla según la cual el Gabinete sólo tenía que dimitir tras un

voto desfavorable de la Cámara baja, después se manifestó, cada vez con más fuerza y con una rapidez sorprendente, la nueva forma conforme a la cual el resultado de las elecciones determina, directamente, su destino (88). Cuando en 1892 el Gabinete Salisbury quedó tras las elecciones en minoría por cuarenta votos se le reprochó, públicamente, que no dimitiera enseguida en vez de esperar, según la vieja costumbre, el voto opuesto de la Cámara baja (89). Hace más de diez años Anson sostuvo que la facultad de establecer y destituir los Gabinetes pasó, primero, de la Corona a la Cámara baja y, ahora, de ésta al pueblo (90). En tanto el *leader* esté seguro del electorado no es el servidor, sino el dueño del Parlamento. Sin embargo, tan pronto como aquél comience a vacilar —aunque sea sólo en elecciones complementarias— su posición empieza a tambalearse. Así, en el último cambio del Gabinete, los conservadores dimitieron incluso antes que perdieran la mayoría en la Cámara baja. Por lo tanto, en el futuro, un voto de la Cámara baja podría derribar un Gabinete solamente si representa la expresión de un cambio de la opinión pública porque, de lo contrario, el Gabinete podría asegurar nuevamente su poder mediante la disolución de la Cámara. Por lo tanto, Inglaterra parece hoy una diarquía con dos soberanos personales a la cabeza, uno hereditario dotado, principalmente, con competencias de representación y otro temporal equipado con competencias efectivas de poder, que el pueblo designa por tiempo indefinido y destituye a voluntad.

Mientras que en Inglaterra la posición incomparable en poder del Gobierno ha sido fruto de un despliegue perma-

(88) Cfr. Leonard Courteney: *The Working Constitution of the United Kingdom*. Londres, 1901, pág. 7.

(89) Cfr. Anson: *Law and Costum of the Constitution, II,* 2.ª ed., pág. 138. Nota 1, Sidney Lee: *Queen Victoria,* pág. 524.

(90) *The power which determines the existence and extinction of Cabinets has shifted first from the Crown to the Commons, and then from the Commons to the country. Ibídem,* pág. 138. Algo semejante dice en la primera edición (1892), pág. 132.

nente e ininterrumpido de las instituciones parlamentarias autóctonas, el paso a la Constitución representativa en los Estados continentales con su historia, estructura social y posición en poder internacional tan distintos, ha producido resultados muy diferentes a los del Imperio británico. Allí el dominio del Parlamento fue normal y naturalmente una convicción popular de suerte que no se prevé en absoluto un nuevo cambio de la Constitución parlamentaria pues sólo se plantea la modificación de los hechos políticos y de las relaciones estatales del poder. En el continente, en cambio, todo el sistema de instituciones parlamentarias nunca conectó con la vida estatal de manera que no surgieron objeciones ni críticas contra aspectos concretos del sistema o contra el conjunto. En Inglaterra, de vez en cuando, se ha reaccionado contra distintos abusos del parlamentarismo, intentando eliminarlos mediante reformas y a veces mediante su supresión de hecho. Por el contrario, en el continente encontramos, hoy, una desconfianza sorprendente frente a las instituciones parlamentarias antaño conseguidas con luchas y sacrificios muy grandes. No obstante, este fenómeno no se subraya, por lo general, con la misma intensidad en todas partes porque tampoco los Parlamentos mantienen doquiera una posición idéntica ni sus competencias políticas corresponden, por lo regular, a las exigencias que demandan los defensores consecuentes del parlamentarismo según el modelo inglés.

Si echamos una mirada a la crítica actual del parlamentarismo continental y a los argumentos que esgrime la oposición en su contra comprobamos lo que apuntamos a continuación.

En el continente europeo, en las grandes naciones, particularmente en Francia, se ha configurado el predominio del Parlamento de manera típica. El origen del parlamentarismo continental procede más de Francia que de Gran Bretaña, y la teoría parlamentaria dominante se formó en la época de la Restauración (91) y de la Monarquía de

(91) El desarrollo del Gobierno parlamentario durante la restauración,

julio. La Tercera República es específicamente parlamentaria, y los defectos innegables que el sistema parlamentario ha manifestado en Francia han alimentado allí una investigación muy enérgica y persistente de este sistema. Esto se comprueba en la práctica puesto que durante quince años (1886-1901) se presentaron unas cuarenta y una mociones para cambiar la Constitución en la Cámara de los Diputados (92). La mayoría de ellas apuntaba, más o menos, contra el sistema de Gobierno vigente. Así se manifestaron opciones importantes contra el ministerio parlamentario señalando que el Gabinete —de modo semejante al norteamericano— no debía emanar de las Cámaras (93). Después se divulgó la exigencia, estrictamente democrática, de dar al pueblo no sólo el sufragio universal, además el de participar, directamente, en las decisiones importantes, así como vincular jurídicamente a los diputados con sus electores (94-95). No obstante, quienes prefieren situarse claramente dentro del marco institucional vigente, reconocen sus graves defectos sobre todo el de la inestabilidad de los Gabinetes, más acusado en Francia, acompañados bien de propuestas radicales para mejorar la situación, bien de recetas sobre el futuro (96).

---

hasta el momento poco conocido en sus detalles, lo ha expuesto ahora a fondo, J. Barthelemy: *L'introduction du régime parlamentaire en France sous Louis XVIII et Charles X.* París, 1904.

(92) Cfr. Lepetit: *Propositions de revision des lois constitutionnelles émanant de l'initiative parlamentaire dépuis 1884* (tesis de París), 1901.

(93) Proyecto de revisión del Gabinete Floquet del 15 de octubre de 1888; Lepetit, pág. 28 y ss., propuesta Naquet del 10 de marzo, 1894 (Lepetit, pág. 50 y ss.). Cfr. también Esmein, pág. 834.

(94) Cfr. Lepetit, pág. 99 y ss. Esmein, pág. 288 y ss.

(95) Cfr., p. ej., Paul Lafitte: *Le suffrage universel et le régime parlamentaire.* París, 1888, Ch. Benoist: *La crise de l'Etat moderne,* París (1896), Dupriez: *Les ministres* (Cfr. arriba pág. 32 N. una de las obras más importantes sobre Derecho constitucional comparado y política), II, pág. 322 y ss. d'Eichthal, *Souveraineté du peuple et gouvernement,* París, 1895, pág. 237 y ss.

(96) Entre ellas figuran la mayoría de los autores citados en las notas anteriores.

En Italia, surgieron ataques llenos de vehemencia y amargura contra el parlamentarismo. Desde un enfoque que versa sobre sus principios, el conocido psicólogo de las masas Sighele ha analizado y criticado negativamente la esencia del parlamentarismo. Es sumamente significativo que Sighele incorporase su discurso contra el parlamentarismo a una obra sobre las sectas criminales (97). Además, debido a las peculiares circunstancias italianas, el sistema de Gobierno parlamentario ha sufrido allí ataques y críticas muy fuertes (98).

En Bélgica ocurrió algo semejante a pesar que durante tanto tiempo parecía el modelo de país constitucional, pues recientemente se han apuntado imperfecciones considerables en la estructura estatal y de modo autorizado se señaló la decadencia del parlamentarismo belga, especialmente después del reconocimiento del sufragio universal (99). Asimismo las instituciones parlamentarias de los Países Bajos han sufrido ásperas críticas desde su democratización (100).

Por lo tanto, no hay que sorprenderse ante el surgimiento de una enérgica protesta contra la introducción del

(97) Scipio Sighele: *La delinquenza settaria*, Milano, 1897, Appendice: *Contro il parlamentarismo*.

(98) Cfr. especialmente Bonghi: *La decadenza del regime parlamentare*. Nuova Antología, II, serie XLV, 1884, pág. 482. Termina su exposición sobre el futuro del parlamentarismo con esta exclamación pesimista: *Questi è un uomo che morrà!*. Cfr. además, el ensayo *Torniamo allo Statuto*, Nueva Antologia, LXXI, pág. 9 y ss. Otras posiciones críticas, con bibliografía, en P. Turiello: *Governo et governati*, 2.ª ed., II, Bologna, 1890, pág. 166 y ss. P. Chimienti: *La vita politica e la pratica del regime parlamentare*. Torino, 1897.

(99) Cfr. Dupriez: *Le gouvernement parlamentaire en Belgique*, en *Bulletin de la societé de legislation comparé*, t. 29, París, 1900, pág. 604 y ss.

(100) De Savornin-Lohmann (ex ministro neerlandés y miembro de la Cámara): *Le gouvernement parlamentaire dans les Pays-Bas*. *Bulletin* (Cfr. nota anterior), pág. 578 y ss. En Bélgica, como en los Países Bajos, deciden, como hoy en Inglaterra, los electores, no las Cámaras, sobre el destino de los Gabinetes. Así lo subrayan Dupriez, pág. 627, y Savornin-Lohmann, pág. 583.

parlamentarismo en el continente. Con todo es preciso advertir que esta oposición no ha conseguido todavía extenderse plenamente. Tal es el caso de Suecia, cuya Constitución difiere de los modelos usuales en muchos puntos importantes debido, sin duda a su historia tan singular. Es muy interesante observar como Fahlbeck, reconociendo con perspicacia, los perjuicios inesperados del parlamentarismo moderno, quiere proteger a su patria contra ellos. No obstante, sus advertencias no parecen haber obtenido éxito en la práctica (101).

Ahora bien, junto a este movimiento doctrinal enemigo del parlamentarismo, aparece doquiera otro con resultados aún mucho más importantes. En efecto, es muy comprensible que allí donde amplios estratos sociales, como consecuencia de la configuración del sufragio universal, no logran alcanzar una influencia notable sobre el Parlamento, éste suscita una enorme indiferencia entre las masas. Los Estados con sufragio limitado, o lo que es a menudo prácticamente lo mismo, por grados, no pueden contar con un Parlamento fuerte, que se apoye siempre en el pueblo. En tiempos normales esto puede carecer de relevancia política significativa. Sin embargo, en algunos conflictos entre el Gobierno y el Parlamento su impotencia se manifestará como consecuencia inevitable. En el último conflicto entre la Corona y el Parlamento, en Hungría, aquel último no pudo imponerse por sí mismo. Si la Corona no se hubiera ajustado voluntariamente al marco del Derecho vigente, difícilmente la agitación de los círculos implicados, habría conseguido una resistencia victoriosa del pueblo, porque, por ahora, los electores húngaros —que se equiparan de buena gana a toda la nación— constituyen solamente una fracción diminuta de la población. La indiferencia respecto al Parlamento ha aumentado entre amplias masas populares merced a otras causas. Una de ellas, la más importante, la explicaremos a continuación.

---

(101) Fahlbeck: *La Constitution suédoise et le parlamentarisme moderne*. París, 1905.

Fenómenos parecidos se presentan en Parlamentos basados en la creación artificial de fuertes mayorías, de cuyo poder se usa y abusa para oprimir permanentemente a los grupos minoritarios. Ciertamente, estos grupos parlamentarios mayoritarios se apoyan en estratos sociales indiferentes o, incluso, hostiles a los Parlamentos. Dentro de éstos resalta la táctica de la obstrucción que últimamente ha alcanzado gran importancia, de suerte que adquiere, en su forma extrema, el carácter de la conducta revolucionaria de las minorías dirigidas contra el mismo Parlamento. Pocas veces sucede que los partidos obstruccionistas tengan clara conciencia de lo que entraña la esencia de ese comportamiento al ejercerse, consecuentemente, contra toda decisión mayoritaria, a saber, si es una guerra contra la Constitución representativa en su conjunto. Si la obstrucción domina mucho tiempo y es imposible neutralizarla, el Parlamento, en estos Estados, se ve reducido a la impotencia (102). Puesto que todo Estado necesita, en todo momento y de forma ininterrumpida, un Gobierno, entonces la obstrucción constante se convierte en el único factor jurídicamente determinante en la vida estatal. Ahora bien, como toda situación jurídica esencialmente siempre es susceptible de enjuiciamiento político, se abre a los Estados que sufren una pertinaz obstrucción parlamentaria, el camino del Estado absoluto que fue en su tiempo un Estado donde no funcionaba, efectivamente, la institución parlamentaria. En estos Estados se contemplan masas enormes que pasan también sin

(102) El examen más extenso sobre la obstrucción parlamentaria es el de Henri Masson, *De l'osbtruction parlamentaire,* Montauban, 1902. Su valor consiste, principalmente, en la reunión del material. Empero, dado que procede de un trabajo sobre historia contemporánea, no siempre son fuentes fidedignas, pues, además, el autor se basó en reportajes periodísticos. Cfr. además Jellinek: *Das Recht der Minoritäten,* 1898, pág. 35 y ss. y del mismo: *Die parlamentarische Obstruktion, "Neue freie Presse"* del 26 de julio de 1903 (en inglés en la *Political Science Quarterly,* XIX, 1904, pág. 579 y ss.); Brandenburg: *Die parlamentarische Obstruktion, ihre Geschichte und Bedeutung,* 1904. Radnitzky: *Das Wesen der Obstruktionstaktik, Grünhuts Zeitschrift,* XXXIII, pág. 33 y ss.

Parlamento; la inactividad e incapacidad del Parlamento enajena las simpatías del pueblo; éste es presa fácil de una indiferencia total respecto a las instituciones democráticas, a mayor abundamiento si sólo los gobiernos sostenidos por una vieja tradición histórica, saben cómo aplicar sus poderes de modo congruente con sus propósitos.

La historia reciente de Austria y Hungría ofrece ejemplos contundentes. En la discusión pública, austriaca, se jugó con la idea de un nuevo absolutismo (103) como si los últimos acontecimientos hubieran barrido totalmente los recuerdos de los abusos del sistema absolutista. En Hungría la indiferencia con que el país aceptó —en contra de las esperanzas generales— la reciente disolución del Parlamento sin duda hay que atribuirla al hecho de que, poco a poco, se habían acostumbrado a un Parlamento que no funcionaba.

No obstante, en estos Estados surgió el ansia del perfeccionamiento de las instituciones parlamentarias de tal modo que muchos ven en este impulso un estímulo para la plena depuración del sistema. La ampliación del sufragio, la introducción de la representación proporcional o, también, de un sistema electoral orgánico como complemento de la representación nacional basado en el número de cabezas, considerando los estratos profesionales, el ejercicio del Gobierno de modo estrictamente parlamentario, etc., fueron estimados, en algunos Estados, objetivos deseables que, una vez alcanzados, llevarían a una configuración indiscutiblemente útil de las instituciones estatales. Por eso, en estos Estados predomina, a menudo, la sensación que no es el parlamentarismo en sí, sino sólo el parlamentarismo imperfecto, no el maduro, el que merece ese menosprecio de su esencia y funcionalidad.

Cosa distinta ocurre en los Estados en los que el Parlamento se funda sobre una base democrática más o menos

(103) Cfr. también F. V. Wieser: *Uber Vergangenheit und Zukunft der österreichischen Verfassung,* 1905, pág. 2 y ss.; Spiegel: *Die Funktion der Notverordnung im Staatsleben.* Separata de la revista *Deutsche Arbeit,* Praga, 1905, pág. 31 y ss.

amplia. Aquí ya no caben simples dilaciones prometiendo mejorar el sistema. Sus efectos se manifiestan entonces de modo definitivo adaptándose siempre a la idiosincrasia de cada pueblo. Así pues, puede ocurrir que semejante Parlamento no sea capaz de asumir la dirección de la nación. Nunca un gran pueblo aparece tan reservado respecto a su representación en el *Reichstag* como el pueblo alemán que cuenta con una de las formas parlamentarias más débiles. Sin embargo, esto no depende, como se ha dicho, del volumen de competencias que se le concede al Parlamento —pues hay Cámaras continentales conscientes de su autoridad incluso con menos competencias—, sino, en primer lugar, del hecho que el *Reichstag*, aparece escindido en más de una docena de partidos, de manera que es totalmente incapaz de expresar la voluntad unitaria de la nación (104). Por eso, tampoco puede compararse su voluntad con la del Gobierno del *Reich*. La teoría constitucional alemana no permite participar al *Reichstag* en las competencias políticas del *Reich*. Sólo lo considera como un elemento limitador reservando al Gobierno todo el poder de dominación típico de las relaciones políticas efectivas. La introducción de la representación proporcional, con una nueva organización más justa de los distritos electorales y con otras innovaciones exigidas por distintas partes, no cambiaría las cosas, porque hay que excluir que en plazo previsible algún partido pueda conseguir la victoria. Por eso mismo, las actuales exigencias de un ministerio del *Reich* apoyado por la mayoría parlamentaria aunque se planteen de modo general, son de índole puramente doctrinal: en un Parlamento escindido por las contraposiciones irreconciliables con minorías permanentes, un Gobierno extraparlamenta-

(104) El número más elevado conseguido por un partido político en el *Reichstag* correspondió, en 1874, a los nacional-liberales, 155 de 397 escaños, aunque no logró el 40 por 100 del total. Por lo tanto, cada mayoría del *Reichstag* se basó en compromisos o en el azar. En las últimas elecciones al *Reichstag* el partido más fuerte, el *Zentrum*, consiguió el 25 por 100, el siguiente, los socialdemócratas, casi 20 por 100 de los escaños.

rio, no apartidista pero tampoco comprometido con un firme programa de partido, tiene que parecer siempre más deseable que otro basado en frágiles y quebradizos compromisos contranatura. En ningún país del mundo se encontrará un Gobierno parlamentario con oposición tan exasperada como en el *Reich* alemán, donde sólo mediante una transformación total de los partidos y la unión de los grupos parlamentarios en grupos mayores podría iniciarse un cambio.

De todos modos, la historia del *Reich* alemán nos enseña que tampoco un Parlamento absolutamente democrático puede desplazar necesariamente el centro de gravedad del Estado. En efecto, el Gobierno del *Reich* tiene más independencia respecto al *Reichstag* que el de muchos Estados con Cámaras de Diputados basadas en el sufragio limitado o por grados.

No obstante, en los Estados que cuentan con un Parlamento democrático o, por lo menos, encaminado a la democracia, en los que es capaz de imponerse como factor dominante, en el orden estatal, junto o por encima del Gobierno, los inconvenientes intrínsecos a la esencia del parlamentarismo se destacan con tanta mayor intensidad cuanto más se hace valer, dicho Parlamento, en la vida estatal. Entonces, a la larga, se dan solamente, dos posibilidades: o la progresiva inestabilidad de las relaciones estatales protagonizadas por el Parlamento debido a la fluctuación continua de los partidos, o bien la consolidación del Gobierno, de modo semejante a lo que ocurre en Norteamérica o en Inglaterra, y, por ende, la pérdida del dominio efectivo del Parlamento que lo transmite así al Gobierno, basándose en la masa electoral. A este respecto Francia ofrece el ejemplo más interesante. Allí, en la Tercera República los Gabinetes se han sucedido, como en ningún otro país, de forma vertiginosa, en la Tercera República, sin que ese cambio guarde relación necesaria con el de las mayorías parlamentarias, dándose, además, la circunstancia de que en muchas ocasiones miembros de los Gabinetes dimitidos volvieron a

figurar en los nuevos (105). Sin embargo, también en Francia se ha producido, recientemente, un cambio, en la medida que la vida de los Gabinetes es ya más larga. No obstante, esto solamente es posible, como se ha observado por parte francesa, porque los partidos son más disciplinados y se asocian en grupos más grandes y consistentes (106). Así pues, también la historia francesa entra en las vías que recorrieron los Estados anglosajones. También en Francia, como en otras partes, se manifiesta el fenómeno no formal, sino material, del retroceso de la iniciativa parlamentaria ante la del Gobierno y la de otros poderes.

Ahora bien, en la medida en que en el continente siguen predominando los Parlamentos, se esgrime una fuerte crítica contra su actuación práctica aunque, en modo alguno, suponga una actitud hostil contra ellos. Por el contrario, personas que asumen completamente las bases del orden estatal constitucional, reconocen sus defectos y buscan los medios para superarlos. Esta crítica práctica es tanto más enérgica cuanto más grande es el papel real del Parlamento en cada Estado concreto. Hay una bibliografía, casi incalculable, que en este orden de cosas demuestra, caso por caso, lo insuficiente, imperfecto, inoportuno, condenable de las instituciones parlamentarias concretas e intenta superarlo (107).

---

(105) Cfr. la composición significativa de los Gabinetes franceses en Muel: *Gouvernement, Ministères et Constitutions*. 4.ª ed., París, 1893, y los suplementos publicados en 1895 y 1899.

(106) Una de las causas principales de la inestabilidad de los Gabinetes franceses es la regulación del Derecho de disolución de la Cámara de los Diputados. En Inglaterra la disolución del Parlamento es un arma eficaz muy utilizada por el Gabinete contra una Cámara insubordinada o impopular, sin aquella perdería gran parte de su poder. En Francia, es cierto que la disolución de la Cámara de Diputados es posible con la aprobación del Senado. No obstante, esta competencia se utilizó sólo una vez por MacMahon en 1877 en su lucha contra la oposición del país. Por eso, la competencia gubernamental de disolución ya no corresponde a las instituciones efectivas del Derecho constitucional francés.

(107) Cfr. para lo anterior y para lo que sigue las obras y tratados

Es muy importante percatarse de la argumentación que desarrolla esta crítica englobante. Sólo cuando se abarca con la mirada todo el campo de batalla, es posible formarse un juicio suficientemente satisfactorio sobre el resultado previsible del combate. Es cierto que es más difícil porque los puntos débiles que ofrece el parlamentarismo no solamente son muy variados en sí mismos, sino también distintos según la naturaleza de los Estados respectivos. Como es natural en cada Estado concreto existen nexos causales muy específicos que reducen el prestigio del Parlamento. Empero, todas estas causas pueden insertarse en un pequeño número de grupos determinados.

Ante todo, es comprensible que la crítica del parlamentarismo sea tanto más virulenta cuanto más está ligada al orden estatal, cuanto más se proyecte hacia las instituciones estatales, cuanto más duraderamente son visibles sus efectos. El valor de cada institución política se infiere de su pasado y de la capacidad efectiva que ha demostrado. Cuanto más tiempo y con más energía perdure una institución estatal, tanto más se evidenciarán sus defectos inherentes, inevitables en toda creación humana. Así como el absolutismo, cuando representó, antaño, una idea transformadora del particularismo estamental a través de la unidad del Estado moderno, fue defendido y alabado por espíritus ilustrados y asumido por grandes monarcas que representaban el progreso, luego, cuando con su victoria se descubrieron también sus facetas sombrías, se alegó contra él la más dura resistencia de los pueblos. Así como el liberalismo económico desencadenó primero fuerzas económicas imprevistas y después mostró pronto los abusos horribles de la libre competencia desleal. Así como los tribunales con jurados se establecieron después de largas luchas como auxilio de la jurisdicción y, luego fueron, desde esa misma perspectiva

---

mencionados de Wilson, Bryce, Low, Esmein, Laveleye, Mill, Benoist, Sighele, Dupriez, Ofner, Bonghi, Turiello, Chimienti, Ostrogorski, Lecky, Dicey, d'Eichthal, Falbeck, Lepetit, Combés de Lestrade, Prins, Savorin-Lohmann, a éstos cabría añadir muchos nombres antiguos y actuales.

combatidos, del mismo modo ocurrió con los Parlamentos. En efecto, fueron exigidos enérgicamente, como realización de determinadas ideas políticas. Ahora bien, tan pronto como se establecieron se despertó, en todas partes, la sensación de que no armonizaban perfectamente con esas ideas, entonces se emprendió, una y otra vez, la tarea de transformarlos para hallar, finalmente, su justa forma. Comenzó una búsqueda constante y precipitada, de la mejor forma de obtener la representación nacional y de corregir los defectos de la existente. Sin embargo, al cabo resultó que esta aspiración nunca logró resultados satisfactorios.

Ante todo la historia de la idea moderna de la representación se contrapone, insatisfactoriamente, al desarrollo de los Parlamentos. La representación es un concepto jurídico y no político. En virtud de un estatuto legal la voluntad de una minoría se considera como voluntad del conjunto. Pero en la realidad política únicamente prevalece la voluntad mayoritaria de los parlamentarios que votaron una resolución. Rousseau tenía mucha razón: no se puede querer por otra persona y —añadimos— no se puede comer o beber por ella. A toda historia de los Parlamentos modernos le acompaña la aspiración incesante de encontrar la justa forma de representación mediante la cual pueda expresarse la voluntad del pueblo del modo más puro y seguro. En la búsqueda de esta aspiración se enfrentan dos tendencias. Una considera a los hombres que hay que representar jurídicamente iguales, otra entiende que son distintos. Ciertamente bajo el influjo de las ideas democráticas progresistas las dos tendencias se unen ciertamente en un punto que amplía cada vez más el ámbito de las personas que eligen a los representantes. Ahora bien, una funda la representación sobre el simple número de cabezas, la otra sobre la importancia que tienen los diferentes grupos del pueblo en su conjunto y, por tanto en el Estado. No obstante, son problemas insolubles, tanto encontrar los grupos populares esenciales cuanto adjudicar a cada uno de ellos el valor que tienen, efectivamente, en su conjunto. Todas las soluciones

manejadas por la legislación positiva son arbitrarias, pues los grupos perjudicados nunca quedan satisfechos. Igualmente fracasa la otra tendencia que pretende exigir y obtener el sufragio universal e igual. En realidad, las diferencias existentes en la vida del pueblo no se pueden detectar y medir con seguridad, pues hay una cantidad desconcertante de ellas y, sin duda, no es posible representarlas mediante una representación construida según el número de cabezas. Es verdad que se ha suscitado una lucha eficaz para proteger a las minorías dentro de un sistema electoral igual cuya expresión más importante radica en la promoción de la elección proporcional, pero ésta tampoco ha sido capaz de lograr la representación de todos los intereses relevantes del pueblo porque las elecciones se articulan, en general, solamente con partidos y los partidos no coinciden, en modo alguno, con la articulación total del pueblo. El problema de un sistema electoral justo y adecuado no tiene solución. Además, nunca se puede deducir con certeza del acto de votar lo que el votante piensa y quiere políticamente. La elección de una persona determinada puede darse por motivos más diversos y de ninguna manera significa la aceptación de un programa determinado en cuanto tal. Además, las elecciones, se producen en períodos largos y aunque se dieran en períodos cortos no hay garantía de que en el intervalo entre las votaciones el voto del elector sea el mismo de modo que coincida su expresión con los actos de los representantes. Por lo tanto, examinando las cosas a fondo, encontramos que ninguna institución política se basa tanto en ficciones e ideales que no corresponden a la realidad como la representación nacional.

No obstante, si un pueblo no puede lograr mediante las elecciones, ni de ningún otro modo una representación de su existencia total que corresponda a la realidad, entonces, inevitablemente, existirá siempre una diferencia entre aquélla voluntad popular jurídica configurada constitucionalmente, a través de la representación y la voluntad de los mi-

les de grupos nacionales de modo que un gran número de ellos nunca obtendrá representación cualquiera que sea el sistema electoral. Por lo tanto, no existe un sólo Estado que no sufra, a menudo, según el sistema vigente, profundas frustraciones. Por lo general, hay sectores del pueblo que no consideran a los Parlamentos actuales su representación real y, particularmente, existen minorías que formulan graves críticas.

La segunda causa de la lucha contra el parlamentarismo se basa en la configuración del sistema partidario. En la madre patria del sistema parlamentario surgió el sistema de partidos tan íntimamente ligado con él, de suerte que la forma de Gobierno del Estado se puede calificar tanto como Gobierno parlamentario cuanto como Gobierno directo de partido. De modo análogo, también el otro potente Estado anglosajón ultramarino organiza la vida partidaria (108). Este sistema de partidos, que en su configuración típica se limita a dos grandes grupos que ejercen el poder alternativamente, sólo puede mantenerse mediante una organización social muy complicada en la cual los líderes partidarios atraen a las masas sin resistencia. Abusos de todo tipo determinan que sean los dirigentes de los partidos los verdaderos dueños del país, falseen las decisiones de las masas, las rechacen o tergiversen.

Ciertamente una oligarquía partidaria sustituye, en estos Estados, a la democracia, tratando desconsideradamente a quien se cruza en su camino. Con todo, en otros Estados la proliferación, a veces excesiva, de los partidos produce tal vez perjuicios aún más graves que el sistema partidario, en el que un número pequeño de partidos se esfuerza en

(108) La descripción más detallada y profunda del meollo de los partidos angloamericanos la debemos a un ruso, Ostrogorski: *La démocratie et l'organisation des partis politiques, I, II*, París, 1903 (hay traducción inglesa). Debido a los resultados muy pesimistas de sus investigaciones, Ostrogorski llega a propuestas cuyo objetivo estriba en la liquidación del aparato partidario vigente y la reconstrucción del parlamentarismo sobre bases diferentes.

mantenerse para poder gobernar (109). Aquí el interés partidario sustituye, a menudo, sin tapujos, al interés del conjunto, los partidos persiguen inmediatamente en las luchas parlamentarias sus objetivos mezquinos, regatean y comercian con el Gobierno para obtener algunas concesiones. Así, los Gobiernos se ven arrastrados, quieran o no, por el enrevesado sendero de una política insana con falsos compromisos que privilegia de modo excesivo a los intereses particulares partidistas. Semejantes experiencias alejan a amplios sectores del pueblo de los Parlamentos, y explican que en algunos Estados se imponga la indiferencia respecto a la actuación política de las representaciones nacionales, cosa antes no prevista.

Una tercera argumentación se enfrenta con la incapacidad de los Parlamentos para cumplir sus tareas. La legislación parlamentaria es mala: partidista y deficiente, incoherente, deteriora las buenas ideas legislativas debido a malas formulaciones y a añadidos inadecuados, depende de miles de incidencias de naturaleza personal. Las elecciones no funcionan según las cualidades de competencia de los candidatos y, con frecuencia, es pura casualidad si hay suficientes expertos en los Parlamentos capaces de participar adecuadamente en el trabajo legislativo, tan complejo, que exige muchos conocimientos específicos (110). A mayor abundamiento, estas quejas se han manifestados intensamente en Inglaterra, allí hace medio siglo que un apóstol de la Constitución representativa planteó y defendió propues-

(109) Los abusos del aparato partidario impulsaron a un francés, d'Eichthal, basándose primero en el ámbito del orden constitucional democrático, a sostener: *partout le régime parlamentaire marche défecteusement: tous les peuples, sans le supprimer cependant, s'en plaignent, ob. cit.*, pág. 227. En Bélgica, el sistema partidario vigente fue calificado, en la actualidad, como el aspecto más sombrío del sistema parlamentario, así Prins: *De l'esprit du Gouvernement Démocratique,* Bruxelles-Leipzig, 1905, pág. 163. Este autor alberga la ilusión que un sufragio orgánico podría curar las heridas de la democracia.

(110) Cfr. también Ofner: *Die Gefahr des Parlamentarismus für das Recht,* en *Arch. f. öff. Recht,* XVIII, 1903, pág. 236 y ss.

tas asombrosas. Nada menos que J. Stuart Mill, pretendió privar a los Parlamentos del derecho de legislar. Esta función, según Mill, debería confiarse a una pequeña comisión legisladora cuyos miembros, no más numerosos que los de un Gabinete ministerial, los designaría la Corona por un período de cinco años. El Parlamento podría aceptar o rechazar, o devolver, sus resoluciones a la comisión para su reconsideración o mejora. También sería posible que el Parlamento exigiera la presentación de una ley determinada sin que esta comisión pudiera negarse a ello (111). Ideas semejantes se han manifestado hace poco, en Francia —apoyándose en Mill— por Benoist, éste atribuye la legislación a un Consejo de Estado, liberado de la agitación parlamentaria e integrado por las personas más distinguidas de la nación, reservando a las Cámaras solamente su discusión y sanción. También les confía la iniciativa, de suerte que puedan solicitar, al Consejo de Estado, la elaboración de las leyes (112). No obstante, los franceses deberían sin duda recordar su Constitución del Consulado como ejemplo poco digno de imitación para mejorar su ordenamiento político-constitucional.

La tarea más importante que corresponde a los Parlamentos, además de participar en la legislación, es el control permanente del Gobierno examinando la legalidad y la conveniencia de sus actos. Empero, los Parlamentos no cumplen esta función en absoluto o lo hacen de manera muy imperfecta. Ya hemos mencionado antes la escasa significación práctica que tiene la facultad parlamentaria de la acusación a los ministros. Sin embargo, el arma efectiva de la responsabilidad política se maneja por los Parlamentos de un modo completamente inadecuado. La crítica de un Parlamento ineficaz carece de efectos significativos, particularmente cuando reina en él la discordia y, en el caso de

(111) Cfr. J. St. Mill: *Betrachtungen über Repräsentativverfassung,* traducido al alemán por Wille, pág. 63 y ss.

(112) Ch. Benoist en su libro muy discutido: *La crise de l'Etat moderne,* pág. 300 y ss.

Parlamentos eficaces, sucede que la manipulación de facultades de control muestra, claramente, los inconvenientes del parlamentarismo. Los Ministerios apoyados en una mayoría sólida y unida de la Cámara, pueden, mientras dispongan de esa mayoría, acometer indiscutiblemente todo lo que quieran (113). Los Gabinetes se defienden de los excesos de la oposición cuando ésta no cuenta con capacidad decisoria y con el apoyo de sus partidarios. Ahora bien, la mayoría en vez de controlar los abusos los favorece a menudo, ya sea por interés de los mismos diputados que asumen, con frecuencia, el papel de una oligarquía, ya sea por el interés particular y local de sus electores que buscan su ventaja personal a expensas del bienestar general. Un sistema de patronato parlamentario se opone a la exigencia natural de la procura imparcial de los intereses públicos, pues en él los diputados intentan, con éxito, injerirse en la administración estatal que se degrada de tal modo convirtiéndose en objeto de explotación. De esta manera se introduce un tipo de Derecho constitucional mercantilizado, cuyos negocios se hacen a espaldas de las negociaciones oficiales.

En la actualidad son muy profundas las objeciones esgrimidas contra la participación del Parlamento en la administración financiera. Una de las ideas más importantes que ha acompañado el nacimiento, desarrollo y establecimiento de los Parlamentos fue aquélla que vio en la representación nacional una protección del pueblo contra una imposición excesiva e injusta. El Derecho de las Cámaras a aprobar el presupuesto debería ser el contrapeso más efectivo contra Gobiernos deshonestos y pródigos. Sin embargo, la experiencia nos enseña que, con frecuencia, los Parlamentos tienden a administrar las rentas públicas de modo mucho más frívolo y los dineros del pueblo que los Gobiernos responsables, porque, por razones demagógicas,

(113) Ostrogorski, II, pág. 673 observa con acierto: *La responsabilité qui est censée régir les rapports parlamentaires n'aboutit qu'à l'irresponsabilité générale.*

adoptan decisiones que conducen, luego necesariamente, al aumento de la recaudación y así tienden a abrumar más al pueblo. En algunos Estados el control parlamentario del presupuesto estatal ha degenerado casi en pura farsa. Esta circunstancia provocó críticas acerbas en Inglaterra y en Francia (114).

Si resumimos ahora todo el desarrollo de las instituciones parlamentarias, resulta que su prestigio y fuerza están disminuyendo en todas partes. Cuando la teoría constitucional sitúa al Ejecutivo equiparándolo al Legislativo y luego le coloca como poder dominante en el Estado, se manifiesta, a la mirada asombrada de un historiador objetivo, que el desarrollo constitucional va acompañado por una progresiva fortificación del poder gubernamental.

Antaño, en los círculos dirigentes de los Estados se temía el debilitamiento continuo del Ejecutivo mediante el sistema constitucional. Ahora bien, la historia externa e interna de los Estados modernos ha disipado totalmente tales recelos y este fenómeno se manifiesta, tanto en Estados con Gobiernos extraparlamentarios cuanto parlamentarios. El primer género de Estados atañe a los que cuentan con un Parlamento débil que ciertamente puede influir en algunos casos, en el Gobierno, pero sin minar su orientación. No obstante, en los Estados con sistema parlamentario aunque el Gobierno no haya absorbido totalmente el poder del Parlamento, como en Inglaterra, cabe trazar los límites temporales del Gabinete de los del Parlamento, en tanto que aquél posea el poder manejándolo de tal manera que poco ha de temer de un control parlamentario, eficaz, tal como corresponde a la naturaleza de un Gobierno sostenido por una mayoría de la Cámara. No es por el uso, sino por el abuso del poder cuando los miembros de la Cámara, como tales, consiguen influir sobre el Gobierno en asuntos concretos. No obstante, la amplia manifestación de la corrupción parlamentaria no es un rasgo que caracterice al poder parlamentario, sino al gubernamental.

(114) Cfr. Low, pág. 89; d'Eichthal, pág. 241.

Por lo tanto, tienen razón quienes afirman que un presidente del Gobierno de Francia es más poderoso que antaño Luis XIV, pues durante el *Ancien Régime,* cuando la centralización de Francia todavía no había culminado, no consiguió de ningún modo imponer en todas partes su voluntad contra sus oponentes. Y del mismo modo se explica el notable fenómeno del creciente protagonismo personal de los jefes de Estado, tanto monárquicos como republicanos, que se percibe en el presente a pesar o, tal vez, gracias a la progresiva democratización. Ante todo hay que recordar los grandes servicios históricos que la monarquía prestó a la consolidación política de Alemania. En efecto, después de la desconfianza que manifestó una gran parte de la nación contra ella a mediados del siglo pasado, mostró una firmeza maravillosa tanto en el *Reich* como en los *Länder.* No obstante, un fenómeno parecido se ha dado también en otros países. Hoy se comprueba, en Inglaterra, con cierta desazón, que la monarquía de Eduardo VII muestra un carácter totalmente distinto al de la monarquía de la reina Victoria, a pesar de que un historiador que mire hacia atrás comprobará que ya en el reinado de esta mujer, a quien en general se la consideró monarca débil, la Corona fue ganando prestigio considerable respecto a los tiempos de Jorge IV. Como subraya Low, con fina penetración, el monarca constitucional inglés según la doctrina política trivial posee los rasgos suaves de una reina y para corroborarlo opina que debe modificarse la ley Sálica en sentido contrario excluyendo a los hombres del trono inglés (115). Hoy la política exterior del Imperio británico la impulsa la Corona y la actitud personal del rey en los asuntos internos a menudo se estima seriamente por la prensa diaria inglesa. Desde Guillermo III, Inglaterra no ha tenido un monarca que goce de tanto prestigio, y, además, se distingue del gran Orange por el hecho de que él y su pueblo se reconocen unidos en sus convicciones y sentimientos nacionales.

Aún más sorprendente para enjuiciar las previsiones

---

(115) *ob. cit.,* pág. 268.

humanas sobre la creación de las instituciones políticas, es el cambio registrado en la posición personal del presidente de los Estados Unidos. Es muy interesante releer las palabras en las que Hamilton compara, en el "Federalist", la presidencia recién creada con la monarquía inglesa (116). ¡Qué insignificante queda el poder de los jefes de Estado republicanos, comparado con los monárquicos! Ciertamente, se creó una institución que incluye competencias más reales que las prerrogativas correspondientes sólo formalmente al rey, lo cual pasó desapercibido a los Padres de la Constitución. Y esta presidencia se ha desarrollado en el presente de tal modo que Theodor Roosevelt ejerce una autoridad personal que hasta ahora era impensable en un jefe de Estado republicano.

---

(116) Cfr. Hamilton en el *Federalist,* núm. 69, editado por P. L. Ford, Nueva York, 1898, pág. 465 y ss.

CAPITULO VIII
INCREMENTO DEL PODER DIRECTO DEL PUEBLO. LIMITACION DE LOS PARLAMENTOS POR INSTITUCIONES DEMOCRATICAS. MIRADA AL FUTURO

El conocimiento de la transformación del significado político de una institución estatal en principio carece de importancia práctica. La crítica no significa sin más mejora alguna. Hemos señalado que los defectos del parlamentarismo se han subrayado frecuentemente y que su declive se ha proclamado hasta la saciedad. Empero, la sustitución de los Parlamentos por instituciones más perfectas aún no se ha planteado con seriedad. También las instituciones imperfectas pueden funcionar sin tropiezos durante mucho tiempo sin que nadie sea capaz de sustituirlas por otras mejores (117).

Hay que excluir totalmente, en un futuro previsible, que en algún lugar se supriman formalmente los Parlamentos. Del mismo modo una progresiva depreciación política de los Parlamentos nunca resucitaría a los antiguos poderes absolutos del pasado. Así como los ejércitos del futuro no combatirán de nuevo con arcos y flechas en lugar de con ametralladoras modernas, tampoco resucitará el autócrata absoluto de los siglos pasados. Por consiguiente, tampoco

---

(117) Es interesante, a este respecto, la Memoria presentada en 1900 al Congreso de ciencia del Derecho comparado en París, por el vizconde Combés de Lestrade (impreso en el *Bulletin de la société de lég. comp.,* t. 31, pág. 586). Establece cuatro escalones en el desarrollo de las instituciones parlamentarias. El último, la democracia directa en las formas parlamentarias, significa, según él, la anarquía pura: *ce mode de gouvernement est l'absence de gouvernement* (pág. 602). Espera una merjora mediante un movimiento retrógrado, ¡que conduce, nuevamente al Estado de clases y al Estado estamental!

debería discutirse ni la cuestión del perfeccionamiento, ni la sustitución de las instituciones parlamentarias. Voy a indicar, brevísimamente, no lo que debe ser, sino lo que se desprende efectivamente del seno de la historia.

El desarrollo de las Constituciones muestra, a pesar de que todavía no se aprecie suficientemente, el enorme significado de esta enseñanza: que las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal. Las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica. Por eso, los Parlamentos pueden cumplir, ininterrumpidamente, las funciones que se les asignan constitucionalmente si se aseguran las fuerzas motrices del Estado. Si en Inglaterra la transferencia de poder del Parlamento al Gabinete se produjo con tanta amplitud será imposible formalmente tanto en el futuro, al igual que lo fue en el pasado, cambiar el orden jurídico del reino sin contar con el Parlamento.

No obstante, la cuestión que hay que plantear aquí es esta: si no surgen o ya existen poderes quizá en principio todavía no muy patentes, lo cual es frecuente en el curso de la historia, que luchan por atraerse el poder efectivo que el ordenamiento jurídico atribuye a las instituciones vigentes. Para responder a esta cuestión tenemos que mirar detrás de los Parlamentos. Allí vemos cómo asciende, elevándose cada vez más, un poder enorme.

Recordemos que los Parlamentos originariamente fueron instituciones aristocráticas. La idea del Estado constitucional partió en la Inglaterra del siglo XVIII, y a pesar de todas las transmutaciones del Parlamento modelo inglés no puede —como es sabido— desmentirse en el presente su origen aristocrático. Pero este carácter aristocrático también aparece en los Parlamentos continentales y no solamente en las Cámaras altas, a las que sirve de fundamento. Es un hecho histórico inequívoco que las Cámaras nacionales continentales tuvieron sus mejores días cuando procedían de un sufragio limitado o cuando, al no haber avanzado

suficientemente la democratización de la sociedad, dejaron voluntariamente su liderazgo a individualidades distinguidas por su posición social o por sus cualidades individuales sobresalientes, como ocurrió, por ejemplo, en la *Paulskirche*. Sin embargo, la democratización progresiva de la sociedad produjo por doquier un declive de los Parlamentos, lo cual por lo general se ha lamentado muchísimo. Además, los Parlamentos tenían antaño y poseen aún hoy en muchos Estados si prescindimos de su aspecto jurídico y consideramos solamente su realidad política, tal como se presenta a los sentimientos de las masas, el carácter de asambleas privilegiadas, de modo que las grandes masas aparecían frente a aquéllos políticamente sin derechos. Incluso donde el número de los titulares de derechos políticos es amplio, sólo pueden manifestar su voluntad una vez a través de las elecciones. La teoría constitucional dominante en Alemania expresó esta concepción del Parlamento, que parte de Rousseau, separando totalmente la voluntad del Parlamento de la del pueblo (118) y declarando que, en sentido jurídico, no hay voluntad del pueblo fuera de la voluntad del Parlamento.

Ahora bien, en los últimos tiempos, este pueblo sin voluntad jurídica se ha desarrollado de manera inesperada, y, en verdad, de forma más plena al tiempo que las instituciones libres del Estado lo han favorecido. En los inicios del constitucionalismo, R. V. Mohl afirmó, en Alemania, que el Parlamento es el defensor de los derechos del pueblo. Sin embargo, también hoy han surgido poderes sociales muy distintos que son capaces de esgrimir y utilizar esos derechos eficazmente. Los tiempos en que la tribuna parlamentaria era el único lugar para influir en el Gobierno efectivamente pasaron hace mucho. El desarrollo de la prensa en las últimas décadas ha sido tan enorme, que su fuerte crítica de los abusos públicos ha logrado, a menudo, más éxitos que la crítica parlamentaria, de suerte que, tal

(118) Cfr. sobre esto mis consideraciones en *Allgemeine Staatslehre*, pág. 567 y ss.

vez, sea capaz de determinar, con mayor eficacia, el curso legislativo que los partidos parlamentarios dominantes. Claramente se advierte, si bien como es natural no en forma jurídica ordenada, cómo se ha configurado un nuevo modo de responsabilidad de los gobiernos ante el pueblo, cuya opinión multívoca se expresa a través de la prensa. Las oficinas de prensa de los gobiernos, la existencia de una prensa oficiosa, son fenómenos que prueban, irrefutablemente, que hoy existe una discusión directa entre el Gobierno y el pueblo. Independientemente de toda responsabilidad constitucional y política centrada en el Parlamento, se ha desarrollado la responsabilidad social de los gobiernos, lo cual corresponde al futuro. Por un lado, la responsabilidad política de los ministros ha sustituido a su responsabilidad constitucional. Esta última suele tener poco efecto debido a la manipulación partidaria. Así, la responsabilidad social garantiza de modo más eficaz que los gobiernos actúen diáfanamente ajustándose a su deber. Hay, además, otro hecho que no se ha subrayado suficientemente: la difusión de una nueva organización del pueblo, que sin estar dirigida uniformemente desde un único centro, hace que aumente su importancia política. Asociaciones y asambleas de todo tipo, asociaciones de empresarios y trabajadores, representaciones de intereses multiformes en parte integradas y supervisadas por los mismos interesados o por el Estado, colocan en el lugar de la masa atomizada del pueblo, una estratificación inusitada hoy difícil de calcular y que progresa rápidamente. Esta estructuración que intenta, sin éxito, expresarse mediante el Derecho electoral y parlamentario, ha de repercutir por una necesidad histórica inevitable, en la configuración de las relaciones estatales. Esto es evidente, en el presente, para el ojo agudo del observador libre de prejuicios. Hoy comprobamos que las organizaciones partidarias extraparlamentarias apenas acceden al Parlamento —pensemos en los partidos obreros en países con sufragio limitado— manifiestan su influencia sobre la orientación de los Estados por encima de los líderes parlamentarios. Todavía la iniciativa popular no ha conse-

guido cobertura jurídica pero, indudablemente, existe de hecho.

Las grandes e importantes reformas parten, en los Estados actuales, de gobiernos incitados por la consideración y conocimiento inmediatos de las necesidades del pueblo, sin que la iniciativa parlamentaria prevalezca en modo alguno. Ciertamente, los Parlamentos pueden verse impulsados, contra su voluntad, por los gobiernos a emprender profundas transformaciones de la vida estatal, en la medida que estos contraponen los intereses del pueblo con los intereses particulares. Así las grandes reformas constitucionales proyectadas actualmente en Austria y en Hungría, proceden del impulso de poderes que hasta hoy se sitúan, en gran medida, detrás de los Parlamentos. A mayor abundamiento, muchos partidos ya no operan según el número de sus parlamentarios, sino conforme a la fuerza de los intereses o de las masas que los apoyan. Se subestimaría mucho la importancia, positiva o negativa, que los gobiernos alemanes conceden a la socialdemocracia en toda la orientación de la política interior, si se pensara que dependen simplemente del número de escaños de que dispone este partido, en el *Reichstag* y en los Parlamentos de los *Länder,* puesto que hoy los grupos pequeños, entre ellos el joven partido laborista inglés pueden conseguir, en poco tiempo —contra todas las tradiciones parlamentarias— muchos escaños en la Cámara baja.

Como vimos, cada sistema electoral, cada composición de las Cámaras muestra, necesariamente, algo sofisticado, artificial, ficticio, y no hay institución parlamentaria que pueda resistir una crítica profunda. Además, hemos subrayado que en cada Parlamento se descubren defectos de diversos tipos: postergación de las pequeñas minorías e incluso del individuo; compromisos dudosos entre los partidos o regateo con el Gobierno, asimismo la estricta disciplina partidaria en Parlamentos dominantes subyuga la independencia del individuo. Por consiguiente, todo esto perjudica al pueblo, ya que toda minoría ha de expresarse

libremente frente a las organizaciones sociales más poderosas e, incluso, el individuo aislado ha de hacerse oír con su voto. Entre los grupos populares y los gobiernos no se dan compromisos, negociaciones y regateos ni pueden darse. Tampoco caben condicionamientos ni limitaciones legales para la participación en la comunidad. En este sentido, la universalización del sufragio como derecho a participar ante todo en las manifestaciones políticas constitucionalmente no organizadas, aunque no se ha introducido, es algo que nadie lo creó y que ningún poder del mundo es capaz de limitarlo.

En Estados donde se ha dado una democratización progresiva de la sociedad, hay instituciones que alcanzaron reconocimiento constitucional, que incluyen la participación directa del pueblo en el poder público y por eso implican una limitación del poder parlamentario. Gran importancia tiene en particular el referéndum tal como se ha configurado con provecho tanto en Suiza como en América. No es este el lugar apropiado para discutir en detalle sus formas concretas. Estos referendos sobre las leyes muestran una vertiente política esencial en el control de la legislación, impidiendo medidas legislativas impopulares. Por lo tanto, entrañan un momento que retrasa el proceso legislativo; son instituciones de carácter conservador que sirven para mantener el orden jurídico existente, y, por eso, es sorprendente que hayan sido incluidas en su programa por un partido tan radical como la socialdemocracia alemana. Es difícil implantar el referéndum como institución normal en los grandes Estados, pero también allí se ha establecido para confirmar cambios constitucionales importantes. Asimismo, en Inglaterra, el referéndum cuenta con partidarios entre personas sobresalientes, entre ellas Gladstone cuando defendió la independencia política de Irlanda (119). En la *Commonwealth* se ha establecido en Australia. Allí las reformas

---

(119) En Inglaterra defienden el referéndum entre otros: Dicey, *Ought the Referendum to be introduced into England?, Contemporary Review*, LVII, Londres, 1890, pág. 489 y con limitaciones Lecky, I, pág. 287 y ss.

constitucionales requieren, lo mismo que en Suiza, la ratificación por el electorado e igual ocurre en algunos Estados americanos (120). En Bélgica, el Gobierno intentó en 1891 y 1892 conceder al rey el Derecho de consulta directa a los electores, sea antes de la iniciativa legislativa, sea antes de su sanción (121). En Noruega, su separación de Suecia y el establecimiento de una nueva dinastía se sancionó mediante plebiscito que no estaba previsto en absoluto en la Constitución.

Otra forma de participación constitucional del pueblo en el poder público, es la iniciativa popular que hasta ahora existe exclusivamente en Suiza. En virtud de ella los sujetos legiferantes tienen que seguir las formas prescritas en el referéndum, de modo que la última decisión se reserva al pueblo. Además, en América se da en sus Estados miembros (se admite en la Unión, pero hasta ahora no se ha aplicado), existe la interesante institución de las convenciones; es decir, de Parlamentos unicamerales elegidos para revisar la Constitución, por lo tanto, poseen una esfera de acción limitada con una especie de mandato imperativo. Significan, al mismo tiempo, una limitación de las legislaturas normales y son mucho más independientes que aquéllas por el estímulo de los partidos (122).

Carecen de carácter jurídico típico y corresponden al campo de la mutación constitucional no al de la reforma de la Constitución, las decisiones populares que se adoptan en las elecciones parlamentarias. En los Estados democráticos estas elecciones contienen, a la vez, un juicio e indicación al Gobierno. En Inglaterra, el pueblo establece, por este camino, un Primer ministro, o le obliga a dimitir, y algo parecido se puede comprobar, también, en otros Estados.

---

(120) Cfr. sobre estas disposiciones bastante complicadas: *Commonwealth of Australia Act.*, art. 128.

(121) Cfr. Beltjens: *ob. cit.*, págs. 50, 335 y ss., 402.

(122) Cfr. Jameson: *A Treatise on Const. Conventions,* 4.ª ed., Chicago, 1887, § 479; Bryce, I, pág. 667.

Por otra parte, los Gobiernos actuales también trazan la orientación política según el resultado de las elecciones.

Ahora bien, averiguar si la voluntad extraparlamentaria del pueblo se ha convertido, en muchos Estados, mediante la letra o la práctica constitucionales, en un factor de la vida estatal esto se reserva, naturalmente, a los poderes inciertos del futuro y lo mismo si tales instituciones pueden extenderse espacialmente y desarrollarse. En esto, solamente podemos contar con probabilidades mayores y menores. Y así resulta, a mi juicio, una sucesiva perspectiva para los tiempos venideros independiente de cualquier deseo y cálculo sistemático.

Hemos indicado que la sociedad moderna se entiende como un despliegue de autoorganización progresiva. Los miles de intereses humanos que se intentan expresar, sin éxito, mediante la síntesis de un Parlamento, los sustancian cada vez más los grupos concretos que se entrecruzan de muy diversas maneras. El Derecho de asociación es, ante todo, una manifestación de la esfera de la libertad individual y aunque también se ejerce en interés social por los poderes públicos, se ha convertido en el medio más poderoso para la estructuración de la sociedad civil que, al principio, parecía entregada a una atomización permanente. En estas asociaciones la idea de representación puede lograr una expresión mucho más justa que en los presentes Parlamentos centrales, porque sus órganos solamente se encaminan a los intereses limitados de sus miembros, en contraposición a la idea inasequible de representación de la existencia conjunta de un pueblo. A algunas de estas asociaciones se les conceden medios legales para influir en el Gobierno y en la legislación, ya que se les ha reconocido, expresamente, el Derecho de instancia y petición y, además, deben emitir los dictámenes que se les solicita sobre las leyes y los decretos proyectados. Aquí subyace un elemento de una nueva forma de legislación. Aquella idea de Stuart Mill, podría desarrollarse aplicándola a ámbitos legislativos concretos por Parlamentos especiales formados a partir de agrupacio-

nes con intensa impregnación social. Así solamente se estatalizaría lo que hoy se mueve con independencia del Estado en la lucha de los grupos sociales. En este sentido, el actual derecho del trabajo registra fenómenos que formalmente surgen mediante convenios libres, los cuales entrañan, en su aspecto social, la creación de un Derecho específico para los grupos interesados, pensemos en el desarrollo de las asociaciones profesionales, en los convenios colectivos y en su control por los sindicatos, en el caso de un sindicalismo desarrollado. Por lo tanto, ya existe una producción normativa —no jurídicamente, sino socialmente— igual o similar que opera como las leyes aunque no surge siguiendo el camino legislativo normal.

Tales Parlamentos específicos que brotan de la estratificación del pueblo, sólo podrían negociar directamente con el Gobierno. Su tarea sería ponderar recíprocamente las exigencias de los grupos concretos del pueblo, con competencias mucho más limitadas y el Parlamento central tendría que lograr, en su seno, el equilibrio de intereses, en concreto, aprobándolas o rechazándolas.

No pretendo extenderme más por el terreno de las propuestas o presunciones. No obstante, nadie que sea capaz de abarcar, tranquila y sensatamente, las relaciones de los Estados actuales, pretenderá que nuestra vida constitucional ha encontrado ya formas definitivas capaces de operar en tiempos imprevisibles. El hecho capital e innegable que firmemente enseña la historia, impetuosa y progresiva, es que sobre los Parlamentos, por encima de estas creaciones artificiosas estatales de los tiempos modernos, surgen, frente a frente, los dos únicos poderes naturales indestructibles del Estado: Gobierno y pueblo, ahí subyace el capital cambio constitucional de la historia actual. A dónde llevará sólo lo sabrán algún día nuestros nietos.